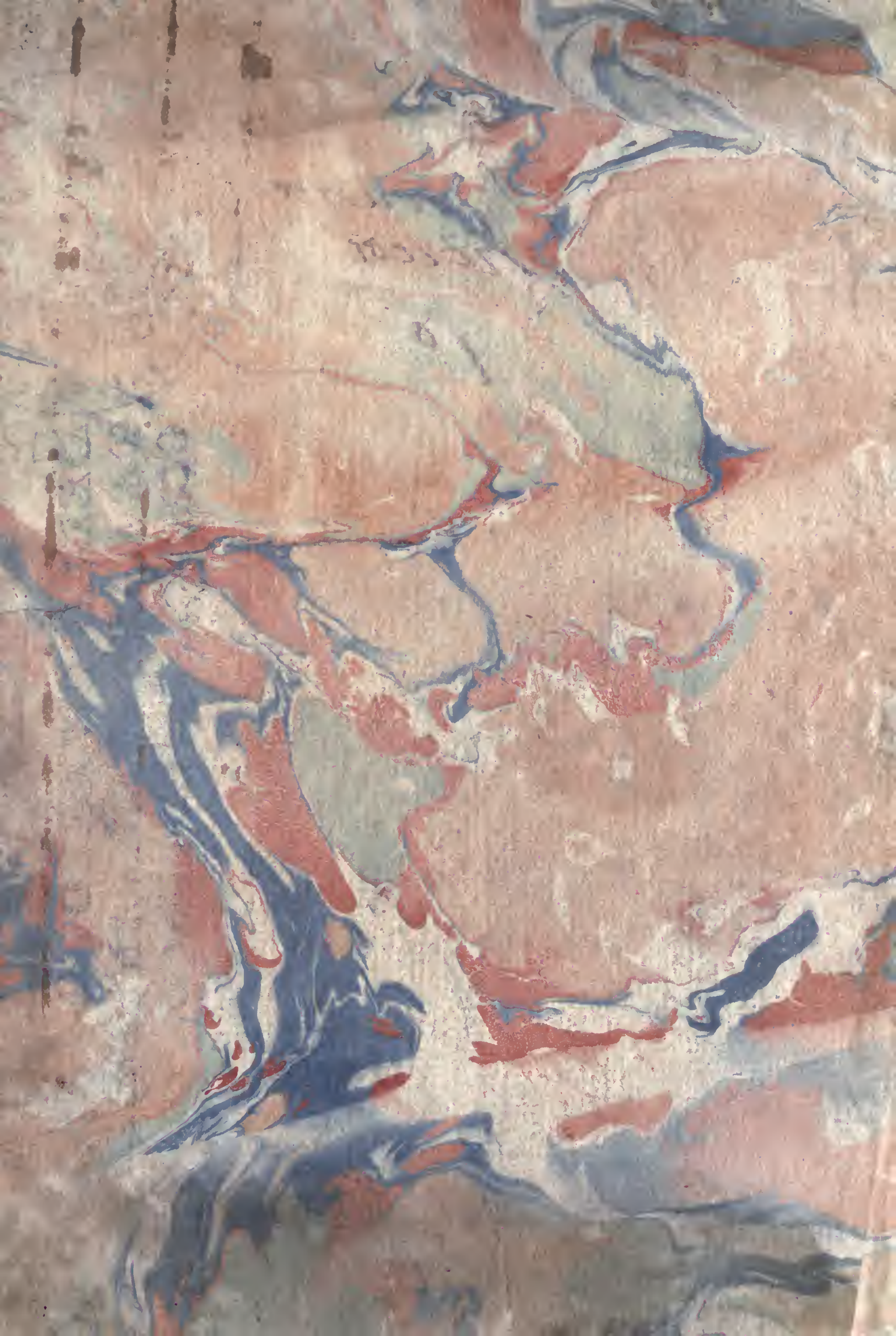
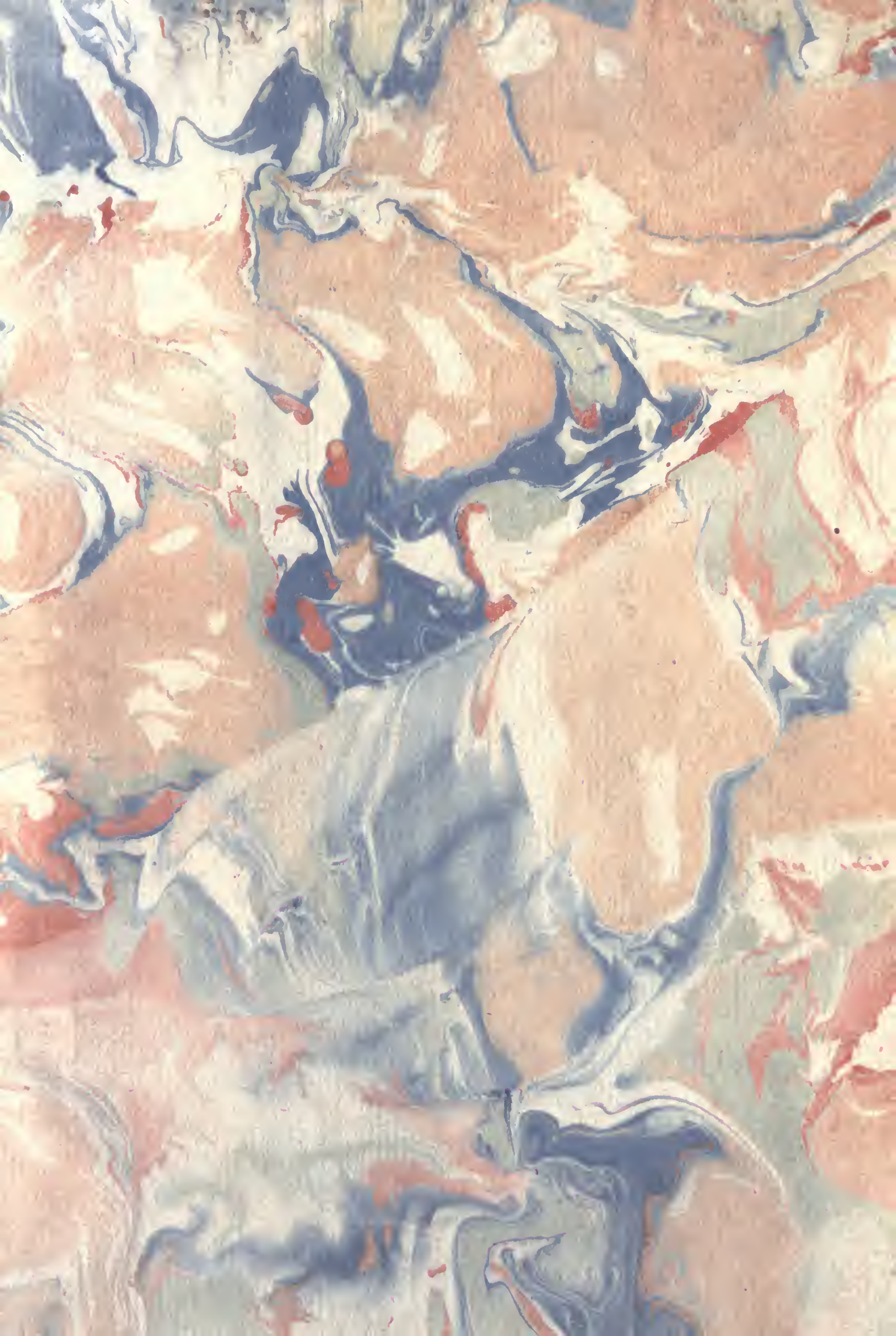




DISCURSOS CRITICOS
SOBRE LAS LEYES, Y SUS INTERPRETES,

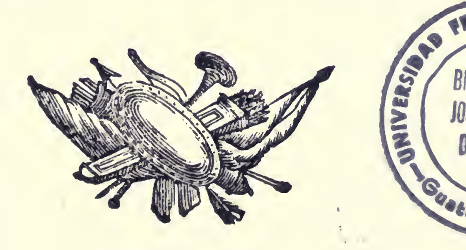
EN QUE SE DEMUESTRA

La incertidumbre de éstos, y la necessidad de un nuevo, y metódico Cuerpo de Derecho, para la recta administracion de justicia.

POR

EL DOCT. D. JUAN FRANCISCO DE CASTRO,
Abogado de la Real Audiencia del Reyno de Galicia, y vecino de la Ciudad de Lugo.

TOMO PRIMERO.



Con las Licencias necessarias.

MADRID: Por JOACHIN IBARRA, calle de las Urosas.
Año de 1765.

Theologis animam ſubjecit lapſus Adami.
Et corpus Medicis, & bona juridicis. Ovven.



CORRECCION.

PAG. 45. lin. 10. autoridan, lee *autoridad*. Pag. 96. lin. 25. duſtruyendo, lee *deſtruyendo*. Pag. 157. lin. 20. Además eſtos Derechos, lee *Además de eſtos Derechos*. Pag. 155. lin. 16. hace, lee *hacen*. Pag. 180. lin. 14. perpexidad, lee *perplexidad*. Pag. 196. lin. 3. ar-artificios, lee *artificios*. Pag. 224. lin. 19. coſtumhre, lee *coſtumbre*. Pag. 234. lin. 9. lo, lee *la*.

TA-

TABLA GENERAL
DE LO QUE SE CONTIENE en este primer Tomo.

PRO-



PROLOGO.



Aviendo yo dedicado mis mas hermoſos años al eſtudio de la Juriſprudencia, y ſu práctica, y con tanta mas preciſion dedicado à eſte genero de literatura, quanto me fuè, y es neceſſaria para paſſar la vida; me parece hallarme en eſtado de poder ſentir los deſordenes, que cauſa en la República, el deſconcierto, que hay en eſte eſtudio, y práctica. Eſte es un mal, que luego ſe viene à los ojos de los iniciados en eſta Facultad, y que todos los dotados de alguna prudencia conocen, gimiendo, hace muchos años, por el remedio, el que embuelto entre eſpeſas ſombras de dificultades, no llega à percibirſe por los entendimientos mas perſpicaces,

quanto menos à ponerſe en execucion. Entre la immenſidad de Leyes, yá Civiles, yà Canonicas; entre el inexplicable numero, è inagotable fluxion de buenos, y malos Libros, yá Nacionales, yà Eſtrangeros, opiniones del miſmo dictado, y patria, eſcritas, y no eſcritas, coſtumbres, ſumergida toda humana capacidad, le hace deteſtar una Profeſsion, en que nada hay apenas cierto, y ſeguro, y en que el que mas alcanza, ſolo llega, deſpues de encontrarſe en los ultimos periodos de ſu vida, deſtruida ſu ſalud con tantas, y tan penoſas tarèas, à poder, mas que otros, por propria experiencia, certificar eſta verdad, y aſſegurar lo inextrincable de eſte laberynto. Contribuye no poco à deteſtar eſta carrera, y à minorar ſu eſtudio, y aplicacion, el trato, que es forzoſo tener con hombres, no pocas veces de menos eſtudio, y experiencia, y tal vez ſin alguna, à quienes pertenece la deciſion de los pleytos, y quienes frequentemente, por no embolverſe entre dificultades, que no entienden, ſe reſuelven con qualquier ligera reflexion, ha-

haciendo inutiles todas las vigilias de los hombres, que dedicaron todos ſus votos à eſta literatura: de que nace la confianza de los litigantes, mas en ſu buena, ò mala fortuna, *habent ſua ſidera lites*, que en la deciſion de las Leyes, midiendo eſtas con ſu poder, y valimiento. De todo lo que redunda no haver verdadero deſengaño, ignorando los miſmos Abogados una ſuerte tan incierta como es la de los pleytos.

En tanto deſorden, y confuſion, ſolo la neceſsidad de vivir puede ocupar un eſpiritu prudente en la Profeſsion de Abogado. Y conſtituido yo en eſta extremidad, unico recurſo de mi fortuna, anhelando por el acierto, y ſeguridad, en un tan borraſcoſo mar, y en un caos de incertidumbres, reputè ſiempre dirigir mis litigantes con la ſeguridad, à lo menos poſsible, y que me pudieſſe relevar de los eſtimulos de mi conciencia. Para conducirme, pues, entre tantas dificultades, y dirigirme en un camino de tantos tropiezos, me pareciò, para mi gobierno, hacer un nuevo método de Juriſprudencia, en que por princi-

pios universalmente recibidos, y determinaciones de las Leyes en general, bajaba à la decision de los casos particulares, haciendo diversidad de tratados, segun la diferencia de materias; pero uniendolas segun los principios universales, subdividiendo las materias en titulos, en cada titulo haciendo varias proposiciones, con el apoyo à cada una correspondiente de Ley, Canon, Estatuto, opinion, costumbre, &c. de modo, que vista la proposicion, luego se conocia, lo primero, la ligacion que tenia con el principio universal, de quien dependia: Lo segundo, la verdad, ò falsedad de la tal proposicion: Lo tercero, la autoridad con que se sostenia, ò rechazaba: Lo quarto, su admissibilidad en práctica. Alli se reconocia si su fundamento era en Ley, ò solo en opinion, de què peso, y gravedad; y si estaba corroborada con decision, y en què Tribunal. Tambien se reconocian los estorvos, que la tal proposicion podia tener para su admissibilidad, ligando estos mismos estorvos con otras dimanaciones de los principios universales. Bien se conoce, que esta Obra, aunque precisa al es-

eſtado actual de la Juriſprudencia, excede en mucho à unas fuerzas tan regulares como las mias. Y aunque de hecho la emprendì, y me ocupò algunos años, con muchas, y penoſas vigilias, las que en verdad no me ſon ingratas por el mucho alivio, que me atrahen en las quotidianas ocupaciones; conſidero, no obſtante, ſer Obra de tan vaſta extenſion, y de meditacion tan profunda, que no es ſuficiente toda la vida, para poner parte conſiderable de ella en borrador, quanto mas para que dada à luz, pudieſſe hacer participantes de mi trabajo à los que deſeaſſen correr con algun acierto, que es lo que mas podia animar un trabajo, que no podia tener fin ſino con la vida miſma. Pero la miſma experiencia me diò el mejor deſengaño; pues aunque eſta Obra me podia à mì ſer util, por el conocimiento que tenia de la idéa, con que la havia emprendido, que venia à ſer un arbol Juridico, cuyos diverſos troncos, y ramos, ſaliendo de unas miſmas raíces, ſe demoſtraba la bondad de ſu fruto, por la comunicacion que con ellas ſe reconocia tener; con mucha dificultad po-

dia ſer util à otros, que no teniendo la miſma idéa, y varia direccion, podian facilmente equivocarſe. Y lo que mas me ha deſalentado fuè, el que eſte arbol en el eſtado actual de la Juriſprudencia, además de un tamaño enorme, no ſolo debia contener un ſinnumero de ramas inutiles, ſino que apenas podia ſer ſuſceptible de raìces verdaderas, atento apenas ſe puede hoy percibir, fuera de los primeros principios, que dicta la luz de la razon, ſeguros, y ſólidos fundamentos en una Facultad, en que entran tres ordenes de Derechos, ò reglamentos diferentes, Romano, Canonico, y Real; que aunque con direccion à un miſmo fin de dár à cada uno lo que es ſuyo, ſe conducen por medios diferentes, y no pocas veces encontrados: en que hay tanta variedad de Leyes, Canones, Conſtituciones opueſtas entre sì, ò de concordancia dificil: hechas por diverſas Naciones, cuyo diverſo caracter debe hacer variar las Leyes: promulgadas en tiempos entre sì muy diſtantes, cuya variedad de circunſtancias las hace inaplicables à los preſentes: por diferentes Legisladores, y Perſona-

ges,

ges, à quienes eſtos las encomendaron, quienes ſe conduxeron por dictamenes diverſos: eſparcidas en varios Libros, ſin el conveniente orden, ni método: defectuoſas en los caſos mas prácticos, y quotidianas diſſenſiones, en cuya deciſion ſe experimenta tanta novedad, como la ocurrencia de caſos: entregadas à la diſcrecion de los Eſcritores, quienes no ſolo ſe contradicen, y oponen en ſus interpretaciones; pero tambien muchos de ellos, no tanto hacen de Interpretes, como de apaſsionados Abogados, con eſpecial eſtudio à retorcer las Leyes, y à los que ſobre ellas anteriormente eſcribieron à favor de la parte, y propoſito, que les moviò à eſcribir: cuyas Obras, no obſtante, quedan en las Bibliothecas, para autorizar en lo venidero ſemejantes diſcurſos: Interpretes de Naciones diferentes, en las que reynando diverſidad de Leyes, y coſtumbres, à que eſtán habituados, ſe ſienten por eſta parte ſus eſcritos, aun en caſos, que parezcan indiferentes; y cuya autoridad, no obſtante, ſe hace valer en Paìſes, cuyas Leyes, coſtumbres, y gobierno ellos enteramente ignoraron. Todo eſto, y

 mas,

mas, que facilmente ſe percibe; no puede menos, que haver embrollado los fundamentos de la Ciencia Legal, con rieſgo de aquellos principios, que la razon miſma, deſnuda de otro eſtudio, dicta, y cuya luz, en vez de ſer ayudada por la reflexion, y experiencia de otros hombres, viene à eſtár como oprimida, ſi con mucho trabajo no ſe preſerva, y ſu natural fuerza no llega à romper las nieblas, con que parece ofuſcarla tanta multitud de eſcritos. De donde viene à experimentarſe un immenſo trabajo, con grandes diſpendios de los litigantes en las reſpueſtas, variedad, y confuſion en los conſejos, diverſidad, y contrariedad en las deciſiones; no pocas veces con riſa de algunos hombres prudentes, en vér à los Profeſſores en una tortura de imaginacion entre una multitud de Libros, buſcando una deciſion, que el diſcurſo natural, mas de una vez, ſin mucho trabajo, ofrece à los que no tienen preocupada la luz de la razon con prevenciones extrañas, que ocaſiona la lectura indiſcreta. Por eſto me ha parecido, en alivio de la razon natural, unica maeſtra, y directora

en

en las operaciones legales , ſe debieran deſde ſu fundamento cortar los eſtorvos, que la confunden ; y que en vez del enorme arbol Juridico, que havia preparado , ſería mas conveniente al bien público hacer demonſtracion de la impoſsibilidad , à lo menos de una dificultad ſuma , de dár à eſte arbol , atento el eſtado actual de la Juriſprudencia , ſeguras raices ; eſto es , ſeguros , y ſólidos principios , que vivifiquen ſus ramas , para producir fruto ſazonado en lo legal. Y por conſiguiente ſer impoſsible, atento el eſtado actual , de poder , ni los eſtudioſos alcanzar las luces ſuficientes para el exercicio de eſta Facultad , ni los Jueces ſaber lo que neceſsitan para ſus empléos : ni por conſiguiente la juſticia ſer adminiſtrada ſegun conviene al ſoſsiego , y tranquilidad pública , y bien del Reyno. Si no demueſtro la impoſsibilidad, que prometo , à lo menos harè vér una dificultad inſuperable ; ò ſolo ſuperable à hombres de un entendimiento ſingularmente dotado , y de un tenáz , y porfiado eſtudio , y experiencia , que llegò à hacerlos conſumados en los ultimos periodos de ſu vida ; de quienes por lo miſ-

miſmo , quando ſus luces podian mejor aprovechar à la República, tiene eſta muy poco que eſperar: hombres, ſin duda, raros, y de quienes, no obſtante, ſe neceſsita mucho numero para adminiſtrar juſticia. Una dificultad de eſta claſſe, bien ſe puede llamar un impoſsible moral; pero impoſsible, que los miſmos hombres ſe han fabricado, y que no podrà vencerſe, no echando por tierra todo quanto la voluntaria interpretacion ha amontonado ſobre los principios de la Ciencia Legal, trabajando nuevamente ſobre los eſtables fundamentos de la razon natural, y buen ſentido; para lo que ſe puede ſeguramente echar mano de los ricos, y antiguos materiales, que nueſtros Legisladores, y ſabios antiguos nos dexaron del todo preparados, ſin que apenas reſte otra coſa, que el diſponerlos en un conveniente, y luminoſo orden, formando de todo un metódico Cuerpo de Derecho, que úna en verdadero ſyſthema todo el Derecho Eſpañol, conſtituyendo ſeguros principios, de donde, como de fuentes, corran como arroyos las Leyes, para fecundar en juſticia todo el dilatado campo de la Monarquìa.

Eſ-

Eſto, ſin duda, neceſsita una literatura, y erudicion grande, un ſaber profundo, una penetracion ſingular, un genio nada comun, una muy reflexionada experiencia, y una infatigable aplicacion. El eſtudio ſobre eſte Cuerpo de Legislacion ſerìa digno empléo de la Juventud, cuya aplicacion prometeria toda utilidad en el recto orden de adminiſtracion de juſticia, ſin las turbaciones, è inquietudes, que ſe experimentan.

Y no ſolo ſerìan mas faciles, y promptos los progreſſos, ſin los antiguos tropiezos, y equivocaciones en las perſonas, que por profeſsion ſe dedicaſſen á eſta Literatura; ſino que tambien los particulares ſe pondrian en eſtado de conſultar por sì miſmos eſte metodico Cuerpo, para proceder con mas acierto en la direccion de ſus negocios, ſin entregarſe ciegamente à la conducta de otros; de los que algunos, aunque ſe digan Abogados, ſon tan ignorantes como los litigantes miſmos; y de otros (y muchas veces ſin poder remediarlo) ſon poco menos comunes los errores, que los aciertos. Y quando no conſiguieſſen

otra

otra cosa, que alguna instruccion, con que poder precaverse contra los engaños tan frequentes en la gente de Curia, que suele atender mas à enriquecerse, que á la utilidad de los litigantes, no havrian perdido su tiempo. Esto es à lo que particularmente se dirige mi intencion, el demonstrar, no solo la utilidad, sino tambien la necessidad de este nuevo Cuerpo de Leyes.

Podia desalentar mi pluma, y detener este discurso una no ligera reflexion, que no pocas veces me ha combatido, de atreverme yo à escribir en assunto en que tantos, tan doctos, tan graves, y tan experimentados personages callan. Pero el fruto de tan tímidos pensamientos, no puede ser otro, que la retardacion del remedio al presente mal, que nos aflige. Acaso su silencio procede de ocupaciones, que roban el tiempo para la conveniente meditacion, y larga reflexion, que piden estas materias. Y sin duda en estas ocupaciones, y robo de tiempo no tiene la menor parte la incertidumbre misma de las Leyes, que aumenta las contiendas, com-

plí-

plìca mas los caſos , hace mas dificiles , y perplexas las controverſias, cuya deciſion tienen à ſu cuidado , ò en que de otro modo viven empleados los que en eſto pudieran dár auxilio: de modo , que la incertidumbre legal hace ſu mayor daño, impoſsibilitando, ò haciendo mas dificil el remedio.

De qualquier modo que ſea, no ſolo me conſuela, ſino que eficazmente me impele, el concepto de que podrà ſer deſpierte la atencion de otros mas doctos, mas habiles, y mas reſpetables Sugetos, quienes no dudo ſean ſenſibles à los graves perjuicios , que ſe experimentan en la Facultad Legal, de cuya capacidad , no ſolo ſe debe eſperar la deſnuda repreſentacion del mal, que es ſolo lo que yo me propongo hacer; ſino tambien la propoſicion de ſeguros métodos para el remedio, y cuyas repreſentaciones conſigan el deſeado fin de la reformacion del eſtado actual de administrar juſticia. El débil ladrido de un perrillo ſuele deſpertar , cauſando grandes efectos en la fortaleza de los dogos. De qualquier modo que eſte fin ſe conſiga, y ſe ponga la

juſ-

justicia al abrigo contra los insultos de la calumnia, he hallado todo el fruto, que deseo à este mi trabajo, dedicado al bien público, à quien tengo ofrecidos todos mis votos.

En consideracion de que toda doctrina, abstrahida de sus casos, no se hace tan facilmente perceptible como en ellos mismos, propondrè quando convenga, para la mayor inteligencia, algunos exemplares, los que tendrè cuidado, no solo de desnudar en quanto pueda de la confusion, con que se hallan vestidos en nuestros libros; sino tambien en elegir los mas faciles, y de menos aparato de Jurisprudencia, para que se puedan comprehender, aun por aquellos, que no tienen tintura alguna de esta Facultad. Y conociendo, que la multitud de exemplares puede ofender à la claridad, y orden de la lectura, me contentarè con poner solo los que contemple suficientes à mi assunto, en demonstracion de la incertidumbre legal. No se debe esperar, que yo siga todas las consequencias de esta incertidumbre; para esto serìa preciso en cada exemplo un volumen, siendo suficiente indi-

dicar las raìces , de donde juiciosamente, segun la capacidad de los Lectores , se pueda inferir la dimanacion de otras infinitas confusiones, que deben turbar la administracion de justicia.

Otros exemplares podia referir de diferente orden; esto es, casos prácticos con incidentes graciosos, en que yo mismo intervine, como Abogado consultado , ò defendiendo , ò que de otro modo passaron à mi vista , cuyo relato divertiria bien al Lector,y en que vivamente demonstrò la experiencia los funestos efectos de la incertidumbre del Derecho , y de las immediatas consequencias, que de esta incertidumbre dimanan; como son, la ignorancia en muchos de sus Professores , el embrollo en los Juicios , y la malignidad , que al abrigo de todo esto se alienta, recibiendo mas progressos , quanto mas crece el desorden. Pero evitando el que se dè alguna persona por ofendida en estos Discursos, lo que acaso sucederia con la relacion de tan recientes exemplares , hallo por mas conveniente el omitirlos, principalmente siendo estos casos tan frequentes en todos parages , que solo la falta de atencion,

pue-

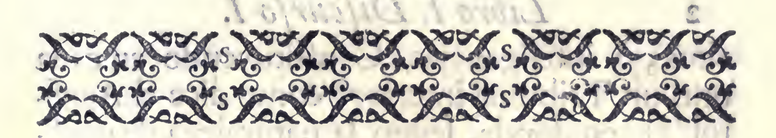
puede ocaſionar el ignorarlos.

Nueſtro Eſpañol Idioma me pareciò el mas proprio en un aſſunto, que debe ſer entendido por todos, y ſe debe deſear ſe eſcriba en lengua vulgar todo lo perteneciente à las Leyes, que nada menos debe ſaber cada uno ſegun ſu eſtado, que el entender lo que es ſuyo, para no mezclarſe en lo ageno.

Tambien procurarè evitar el peſado jergon de citas, ſin omitir las neceſſarias; pero colocandolas con otras notas à las margenes, en donde incomodaràn menos, remitiendo deſde ahora al Lector curioſo à los citados, en quienes regularmente hallarà otros en que divertirſe.

Para proceder con alguna claridad, me pareciò deber preceder una noticia de los Derechos de que uſamos, la que no puede ſer mas bien perceptible, ni manifeſtarſe mejor la incertidumbre, que en todos tiempos la interpretacion arbitraria ocaſionò à las Leyes, y el malogro de los remedios, que contra tan pernicioſo mal, hallados por los Legisladores, hizo inutiles ſu inſuficiencia, ò la falta de obſervancia, que por un compendio de ſu Hiſtoria.

LI-



LIBRO PRIMERO.

COMPENDIO HISTORICO DEL DERECHO.

LA brevedad que me propongo en esta Historia, no debe ser tan concisa, que la haga obscura; por lo que se hace preciso, para su mejor inteligencia, el dividirla en varios Discursos.

DISCURSO PRIMERO.

DEL ORIGEN, Y NOCION del Derecho.

DErecho se llama toda operacion que tiene por guia la luz de la razon. Todo lo que desvia de esta regla, y conductora antorcha, torciendose à algun lado, se dice injusticia; y con mucha propiedad en nuestro antiguo Español se llama tuerto, porque no se ajusta en rectitud, y sin tortura, à la regla de la razon. Esta regla, y este primer deber del hombre, es lo que constituye, y se llama ley natural, porque nace con nosotros mismos; impressa con inalterables caractéres en nuestros corazones; intimada por el Criador Supremo, de quien proviene igualmente el movimiento de los cuerpos, y la luz de los espiri-

Nocion generica de la Justicia.

Derecho, ò Ley Natural.

ritus, ò inteligencias. Constituyendo en cada uno un Tribunal interior (como dice el Apostol (1)) en donde, segun la naturaleza de nuestras obras, somos acusados, ò defendidos, condenados, ò absueltos.

Origen de las Sociedades.

Nace el hombre desnudo, y sin aquellos armamentos, con que la naturaleza vistiò à los animales, con que por sì mismos cada uno se habilita à buscar lo que le es necessario. La razon en el hombre suple todo esto con infinitas ventajas; pero necessitando para su comoda subsistencia tantas cosas, no pudiera gobernarse, ni ser suficiente à sì mismo, sin la sociedad, y compañia de otros hombres, en que ocupandose cada uno en alguna industria, proporcionada à su genio, y comunicandose unos à otros el fruto de su trabajo, y diligencia personal, resultasse hallarse toda la comunidad proveìda en los menesteres, que atrajo al hombre la pérdida de la gracia. Facilmente tambien este se aparta de la luz, y regla de la razon, inclinandose al movimiento de sus passiones; y sin el auxilio de la sociedad, y compañia, quedaria la inocencia, y justicia de unos expuesta à la malignidad, y violencia de otros.

Estas comodidades, y la razon del hombre fuè quien los forzò à vivir juntos en comunidades, que son tan antiguas como los hom-

(1) Ad Rom. 2. v. 15. *Ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis, testimonium reddente illis conscientia ipsorum, & inter se invicem cogitationibus, accusantibus, aut etiam defendentibus.*

hombres mismos, segun nos lo dejò escrito el mas grave, è ilustrado Historiador del mundo. Y no como discurriò Ciceròn, figurandose, que los hombres antiguamente vagueaban por los campos, montes, y selvas, como las bestias, ò fieras, hasta que la persuasion de algun hombre eloquente los moviò à vivir en sociedades. Este discurso no es de admirar en un Filosofo Gentil, que no instruìdo con las luces de la revelacion del origen del mundo, lo creyò, como otros, eterno; y con sola la reflexion de que las Ciencias, y Artes no tenian indicio de muy crecida antiguedad, se dejò persuadir en elogio de la eloquencia, objeto el mas precioso de sus ocupaciones, que ésta havia sido la conductora de los hombres à la formacion de poblaciones.

Orden de superiores, è inferiores.

Se compone un Pueblo de multitud de individuos, entre quienes el modo de comprehender las cosas es tan distinto como las personas; sin concordar facilmente en los medios del bien de la Comunidad, creyendo cada uno su modo de discurrir mas razonable, y su entendimiento mas dispuesto à percibir la verdad: efecto del amor propio, dificilmente separable del hombre; conduciendose no pocas veces, aun quando piensa obrar segun razon, mas por los impulsos de la carne, que por los sanos dictamenes del espiritu (1). Una

(1) *Pectoribus mores, tot sunt, quot in orbe figuræ,*
Mille hominum species, & rerum discolor usum,
Velle suum cuique est, nec voto vivitur uno. Ovid.

multitud de hombres congregados ſin mutua dependencia, y con la libertad de no conocer en ſus operaciones ſuperior dictamen, no conſtituye lo que llamamos ſociedad: eſta pide un orden, que la perficione de tal modo, que ſiendo una multitud, no parezca mas que un cuerpo compueſto de varios miembros, ſubordinados todos entre sì, con una union, y vigor, que ſea capáz de fortalecerle contra toda turbacion, ſea domeſtica, ò ſea eſtraña, y atraherle todas las comodidades que neceſſita: lo que neceſſariamente pide, que en la ſociedad haya quien mande, y quien obedezca en utilidad comun.

Parecia que à la conſtitucion de ſociedades deberia ſeguirſe la comunion debida, y que de la induſtria del hombre debiera hacerſe una maſſa comun, de la que cada uno percibieſſe, ſegun ſu neceſsidad. Eſte modo de vivir (practicado por los primeros Predicadores del Evangelio) parecia conforme à la Ley Natural, ſi los hombres obſervaſſen uniformidad de coſtumbres; pero como ſe diverſifican tanto en ſus procederes, no podia ſubſiſtir mucho tiempo un modo de vivir, que hacia lugar à que los holgazanes disfrutaſſen el trabajo de los induſtrioſos, y aplicados à èl. De aqui tuvo origen la diſtincion de territorios, que cada uno pudieſſe cultivar para ſu manutencion, y la de ſu familia, ſeparadamente de otros, y generalmente el nombre de dominio, con que cada uno dice: Eſto es, ò no es mio. Naciò tambien del miſmo origen la diſtincion de

Origen de dominio, y propiedad.

de

de Sociedades, y Reynos, con independencia de gobierno de unas à otras.

El consentimiento de las Naciones en esta distincion de dominios, y sociedades, hace que esto se llame Derecho de Gentes, cuyo nombre se dà à todos aquellos haberes, que comunmente todas las Gentes han recibido, y entienden deber practicarse, como consiguientes à la razon natural. Derecho de Gentes.

No estuviera bien regida una Sociedad, si faltassen modos para contener los transgressores en el debito de su obligacion: este oficio tiene la pena, que en el desarreglo de los miembros de la Comunidad, es de la misma eficácia que la medicina en la enfermedad del cuerpo natural. Se medicina al miembro en interin que hay esperanza de su restablecimiento: perdida ésta, se corta, y aparta, para que no inficione el resto del cuerpo. Y este cuidado debe residir en los à quienes està encargado el bien comun, no siendo menos de su obligacion promover el bien de la Comunidad, que precaver, y apartar todo lo que pueda trastornarla. Derecho penal.

Los mismos deberes que hay de hombre à hombre, tienen igual peso de Nacion à Nacion, Gente à Gente, Sociedad à Sociedad, debiendo contenerse cada una en sus dominios, y derechos, sin passar los propios terminos, guardarse la misma fidelidad en los tratados, y corresponderse en las mismas atenciones, todo lo que por la razon arriba señalada del consentimiento de las Naciones se lla- Derecho de Guerra, y Paz.

ma tambien Derecho de Gentes; y assi como entre los particulares la falta al propio deber se corrige à proporcion del delito; assi tambien entre las Sociedades, la que falta al debito natural, y comunmente recibido por las Gentes, puede ser compelida à ello por la injuriada; de donde dimana el Derecho de Guerra, y Paz, supliendo la fuerza el defecto de autoridad, que no hay entre Comunidades independentes.

Diferencia de Gobiernos.

El modo de gobierno no es uniforme entre las Nacioees, variando cada una segun el genio, que la caracteriza, naturaleza del Paìs, y circunstancias, que despues de las vicisitudes sobrevenidas à los Pueblos han perseverado, en que siempre la casualidad tuvo mucha parte. Esta diferencia de régimen se explica comunmente con nombres, que, aunque Griegos, los adoptò el uso. Si el Gobierno reside en una solo persona, se llàma, ò *Despotico*, en que la razon de la ley es la voluntad del Soberano, en cuya autoridad tiene mas parte el temor, que el respeto, como en Turquìa, y en Moscovia; ò *Monarchico*, que aunque propiamente significa un solo Principe, se toma por aquel apacible Gobierno, cuya direccion reside en una sola Cabeza, que mira à sus subditos, como à su propio cuerpo, reputando su gloria, y felicidad en la de sus vassallos. De este dulce Gobierno goza nuestra España, digno Trono de un Monarca tan admirado entre las Naciones, por las prendas con que le dotò el Cielo, como respetado de los Vassallos, que

le

le ha señalado; en cuyo beneficio ceden las luces de un Rey, en quien no se distinguen el Gobierno de Padre, y el Imperio de Señor; mas glorioso por reynar sobre los corazones de sus subditos, que por los ricos, y dilatados dominios de su Monarquìa. Si el Gobierno es Republicano, ò Gobierno en muchos, se llama *Aristocratico*, quando gobiernan los Nobles, como en la República de Venecia, y Genova; ò *Democratico*, si gobierna el Pueblo sin distincion de Nobles, ò Plebeyos, como en Olanda, y en los Suicios. Estos nombres solo demuestran una generica nocion de Gobierno, cuya forma varìa en práctica, como en numero, participando à veces el Gobierno de quasi todos los arriba expressados, como el de Inglaterra. Los mismos motivos, que han diferenciado el Gobierno entre las Naciones, han introducido diversidad en sus leyes, contribuyendo no poco la Religion de los Pueblos, y vicios à que cada Nacion està mas propensa: motivos, que tienen mucho influxo en las principales providencias del Gobierno.

Origen de diversidad de leyes entre Naciones diversas.

Aunque la razon natural provea al hombre de las mas seguras luces, para la direccion, y acierto en sus operaciones; y sea tan fecunda en principios, que no se pueda dàr caso, por mas complicado que sea, y obscuro que parezca, que no dissuelva, è ilumine la luz de la razon; hay, no obstante, mucha diversidad en los hombres en la penetracion de los primeros principios; mucha dificultad

en la aplicacion à los negocios quotidianos; mucho trabajo en la práctica para elegir, y abrazar la conveniente determinacion. Son además de eſto los principios naturales de una tan gran univerſalidad, y comprehenſion, que muchas determinaciones entre sì diferentes pueden caber bajo un miſmo principio, como ſe vè en tanta diverſidad de leyes, con que las Gentes cultas ſe gobiernan, que aunque apoyadas todas en la razon natural, reciben varias formas en cada Reyno, Nacion, ò Gobierno; no ſiendo las miſmas leyes las de Eſpaña, que la de Francia, y eſtas diverſas de las de Alemania, aunque todas conozcan la razon, como ſu primer principio. La determinacion, pues, de las leyes, que convengan à cada Sociedad, pertenece al Gobierno, y conſtituye la parte eſſencial de ſu ocupacion.

Nocion eſcolaſtica de la Juſticia.

No parecerà diſſonante à eſta Hiſtoria el decir algo de la ſutileza con que las Eſcuelas ſe han explicado en la nocion de Juſticia, Derecho, y ſus diviſiones, en que deſde luego hallarèmos diſcordes à nueſtros Profeſſores. Infeliz anuncio en el ingreſſo de una Facultad deſtinada à pacificar los hombres en ſus quotidianas diferencias, quando aun el primer conocimiento de Juſticia no eſtà eſſento de litigio. Y què ſeràn los progreſſos? Como aqui no tratamos de la Juſticia, y Derecho à lo Eſcolaſtico, ſino à lo Hiſtorico, ſolo dirè ſencillamente, que Ariſtoteles, con lo comun de los Filoſofos Morales, divide la Juſticia en univerſal, y particular. La prmera compre-

hen-

hende en sì los oficios de todas las virtudes; ò por mejor decir, no es mas que la virtud misma en su general significacion, la que considerada como adorno del animo del hombre, inclinandole à vivir bien en todo genero, se llama virtud; y en quanto se ordena à conciliar, y conservar la Sociedad civil, se dice Justicia. La Justicia particular, que como la universal al bien comun, mira ésta al bien de los particulares, la subdivide el mismo Filosofo en distributiva, y commutativa. Pertenece la primera à la distribucion, segun lo que cada uno merece, y le conviene de parte de la Comunidad; yà sea premio, ò pena, honor, ò infamia, cargo, ò alivio. Pertenece la segunda al Derecho de los particulares entre sì, segun cada uno lo tenga, y lo haya adquirido. Algunos diferencian la Justicia commutativa, y distributiva en el uso de las proporciones que convienen à cada una: es à saber, à la distributiva la proporcion simple, que llaman Arithmetica; y à la commutativa la proporcion comparada, ò compuesta, que llaman Geometrica. Esta division de Justicia universal, y particular, commutativa, y distributiva, no entra en el plan de otros Filosofos, y mucho menos la aplicacion de las proporciones Arithmetica, y Geometrica, cuyos efectos sirven en la Mathematica, poco apropiables à lecciones de Jurisprudencia. Y en verdad, la adquisicion de toda esta Theorica no vale la pena de leer, y desembolver lo que en ello confusamente se halla escrito; siendo suficiente nocion de la

Jus-

Juſticia el ſaber, que eſta es *una virtud, que inclina al hombre à dàr à cada uno lo que es ſuyo*; y el vicio que de tan virtuoſo deber aparta, ſe llama injuſticia.

División del Derecho.

En quanto à la nocion del Derecho, y ſus diviſiones, no ſolo hallamos en opoſicion à Theologos, y Juriſtas; pero tambien à eſtos entre sì poco conformes. Sì bien, que la diſſenſion, no tanto conſiſte en la ſubſtancia de la coſa, como en el modo de ſu explicacion. Los Juriſtas, tributando el honor correſpondiente à ſus textos, ſolo comunmente conocen tres diferencias de Derecho: es à ſaber, Natural, de Gentes, y Civil. Llaman Natural el que es comun à los hombres con los brutos, como es la conjuncion de macho, y hembra, procreacion de hijos, y otras coſas à eſte modo. Derecho de Gentes llaman el que es ſolo comun à los hombres, y à todos, ò quaſi todos conviene, como es la Religion ácia Dios, el obſequio, y reverencia à los padres, y à la Patria. Derecho Civil llaman al que es propio de una Poblacion, República, ò Ciudad. Y para mayor claridad ſuelen diſtinguir dos Derechos de Gentes; uno primario, y otro ſecundario: el primario conviene à la naturaleza racional, conſiderada ſegun sì, y ſin reſpecto à la Comunidad, y de eſte modo es Derecho de Gentes todo lo que dicta la razon natural. El ſecundario conviene à la naturaleza humana, ſegun conſtituida en ſociedad, y compañia; y de eſte modo es Derecho de Gentes todo lo que eſtà admitido entre

tre las Sociedades, como dictado por la razon natural, y todo aquello en que comunmente han assentido todas las Naciones, como la division de los bienes, derecho de dominio, contratos, &c.

Los Theologos se remontan un poco mas, dividiendo el Derecho en Natural, y Positivo. El Natural, como originado de la naturaleza de la cosa, de donde se deriva en precepto. El Positivo, cuya obligacion se origina de la voluntad del Legislador. El Positivo lo buelven à subdividir en Divino, y Humano. El primero conoce à Dios por inmediato Legislador, yà en el Viejo, yà en el Nuevo Testamento. El segundo, de quien es Legislador el hombre. El Derecho Humano lo buelven à subdividir en Derecho de Gentes, Civil, y Canonico, &c. En qualquiera de estas explicaciones se concibe, què se entienda por Derecho, y cómo se divida; y el disputar sobre el nombre, que à cada miembro se le deba dàr, es una disputa, que no mira à la substancia de la cosa (1).

Derecho Natural, y Positivo.

Al principio de las Sociedades, las Leyes, imitando la sencilléz del Gobierno de donde procedian, fueron muy simples. Su aumento, y perfeccion se debe al tiempo, y à la experiencia, que es quien perficiona toda obra, que sale de la humana capacidad. La necessidad de proveer à nuevos casos, y de cortar las invenciones de la malicia, dispertò la atencion de

Sencillèz de las primeras Leyes, y su perfeccion.

(1) Vid. Card. de Luc. *Conflict. observ.* 18.

de los Legisladores, para acudir al remedio con el freno de nuevas leyes. Como su establecimiento pide un conocimiento grande del corazon humano, y una penetracion de la propiedad de los medios para acudir à las necessidades de la Sociedad, y mantener la harmonìa entre sus miembros con la conveniente robustéz para resistir à los insultos; siempre el oficio de Legislador fuè el empleò de los hombres mas sabios, y Filosofos mas profundos, que ha venerado la antiguedad. Por esto Hermes, ò Mercurio consiguiò el glorioso nombre de Trismegiste, que quiere decir tres veces grande, por haver unido al empléo de Sacerdote, y Filosofo el glorioso Titulo de Legislador, que perpetuò su memoria, haviendo, segun se dice, vivido dos mil y novecientos años antes de la Venida de Jesu-Christo. Es la Legislacion una obra, de cuyo acierto pende el gozo pacifico de los bienes, y producciones de la tierra, felicidad de sus Principes, comodidad de los particulares, y toda la salud pública.

Aunque al principio las Leyes no tuvieron aquella perfeccion que les debe ser propia, tuvieron la incomparable ventaja de ser pocas, y facilmente perceptibles; no necessitando otro estudio, que el de la educacion, ni de otros Maestros, que la tradicion de padres à hijos: de modo, que qualquier Ciudadano se hallaba en estado, no solo de conocer su justicia, sino tambien de defender su causa ante el Juez, sin necessidad de Abogado, ni de

otro

otro Defensor. Dichoso tiempo, en que eran tan facilmente accessibles la verdad, y justicia!

No hay noticia, que los habitadores de la tierra, antes del Diluvio Universal, tuviessen otras leyes, que la Natural, cuya perversa transgression les atrajo aquel tremendo castigo. Dios, que entre las Naciones de la posteridad de Noè eligiò por suyo el Pueblo, que saliò de Abraham por Isaac, y Jacob, les diò tambien leyes por Moysés, cuya observancia siempre atrajo al Pueblo de Israèl sus felicidades, como la prevaricacion su ruina. Entre otros Pueblos Osyris diò Leyes à los Egypcios. Minos à los Cretenses. Hippodamo à los Meliseos. Philolao à los Thebanos. Lycurgo à los Lacedemonios. Dracon, y Solòn à los Athenienses. Romulo, y Numa à los Romanos. Y este fuè el Pueblo, que se supo formar el mejor cuerpo de Leyes, las que como sólidamente fundadas en la razon natural, y por su equidad, se han grangeado la atencion de quasi todas las Naciones de la Europa; de modo, que aun hoy, despues de tantos siglos destruìda la dominacion Romana, las veneran, y atienden los Pueblos mas cultos, formando de ellas una ciencia, que con todo cuidado se enseña en sus Universidades, ò Estudios generales, en que no es menor nuestra España, en donde hay muchos con diferentes Cathedras ricamente dotadas para la mayor facilidad de este estudio. Entre la variedad de Leyes, por las que se gobernaron Pueblos, y Naciones

Varios Legisladores.

tan

tan diversas, solo las Romanas conducen à mi proposito, y hacen el objeto de nuestra particular atencion.

DISCURSO II.

DEL DERECHO ROMANO (1).

EL Fundador de Roma para la poblacion de esta Ciudad se valiò de unas gentes, que apenas conocian otra razon, que el esfuerzo de su brazo, y cuyos delitos les havian desterrado de otros Pueblos; mas propias para invadir, que para formar Sociedades. Conociò bien Romulo, que sin el freno de las Leyes era insuperable la ferocidad de unas gentes de este orden. Se aplicò à la Legislacion: digno empleo de un Soberano: la que mas felìzmente prosiguiò Numa, su sucessor, à quien la apacibilidad de genio hacia mas propio para esta ocupacion. Los mas Reyes sucessores añadieron las Leyes que les dictaba la razon, y la naturaleza de su Goberno. Expulsos los Reyes de Roma, despues de doscientos quarenta y quatro años de su fundacion, quinientos y nueve antes de la Venida de Jesu-Christo, por la tyranìa de Tarquino, que le mereciò el renombre de Soberbio; la nueva República extendiò el odio de los Reyes à las Leyes que estos havian autorizado. Y aunque Papyrio en tiempo de Tarquino tuvo el cuida-

Codigo de Papyrio.

(1) *Vide tit. ff. de Origine Juris.*

dado de recoger en un volumen las Leyes, que sirvieron à Roma en su primer Gobierno; estas las desconociò la Repùblica, reputando indecoroso à su nueva libertad el conservar vestigios de la que creìan antigua servidumbre. La varia rebolucion de los tiempos no ha impedido el que llegassen à nosotros algunos preciosos fragmentos de estas Leyes, que representan el caracter de aquellos primeros Romanos, entre quienes se percibe la imagen de una sólida virtud entre las sombras de un ciego Gentilismo.

Leyes de las XII. Tablas.

Conociò la República la necessidad de Leyes para su Gobierno; y siendo tan famosas en aquellos tiempos las que Solòn havia dado à los Athenienses, embiò tres Diputados à Athenas, para que trajessen escritas, no solo las de aquel sabio Legislador, sino tambien las por que se regian otros Pueblos. Llegaron los Diputados à Roma con esta famosa Coleccion, y la República señalò de entre sus mas acreditados Senadores diez Varones, que llamaron Decemvir, para que de las Leyes Griegas, y costumbres del Paìs, formassen un cuerpo de Derecho, que sirviesse à su Gobierno. Executaron los diez Varones su encargo, escribiendo en doce Tablas las Leyes por que se gobernò una República, que llegò quasi à señorearse del mundo. Coleccion tan famosa, que Ciceròn la apreciaba mas que todos los libros de los Filosofos; pues en ella, admirando el gran genio de la antiguedad, se instruìa en el conocimiento del corazon huma-

mano. Y Livio (1) la llamò fuente de todo el Derecho público, y privado. A la diputacion de los diez Varones se encargò tambien su interpretacion. De aqui passò al Colegio de los Pontifices, de cuyo cuerpo se diputaban miembros para instruìr à los Litigantes en el modo de proponer sus acciones, lo que se observò cerca de un siglo. Esto no impedia el que huviesse otras personas dedicadas à este estudio, quienes tambien ayudaban à las partes en sus consejos.

Progressos del Derecho Romano, y varios nombres de sus Leyes.

En una República, que tanto se aumentaba en dominios, y en que se veìan tantas variaciones, y reboluciones, era forzosa para su Gobierno à cada passo la formacion de nuevas Leyes. Y como la autoridad estaba tan repartida entre sus miembros, tomaron las Leyes diversos nombres, segun la autoridad de donde dimanaban. Las que hacia el Senado con aprobacion del Pueblo, se llamaban con especialidad Leyes. Las que publicaban los Ediles, se llamaban Ædilitia Ædicta. Las de los Pretores, Ædicta Prætoria. Las del Pueblo, Plebiscita. Los Consejos, ò respuestas de los Jurisconsultos (Responsa prudentum) eran otros tantos oraculos, y de una veneracion poco inferior à la Ley. Señal cierta, que estos Jurisconsultos juntaban à la ciencia legal unas costumbres, y un modo de vivir capáz de autorizarlos en tan alto grado.

En-

(1) Livius *lib.* 3. *cap.* 34. *Fontem universi publici, privatique juris.*

Entre tanta multitud de Leyes, y variedad de respuestas de los Jurisconsultos, yà era preciso reynasse la confusion, y desorden, y que la Justicia se obscureciesse con sombras propias à servir de velo à Jueces iniquos. Lo conociò aquel alto genio de Ciceròn (1), de quien afirma Aulo Gelio haver pensado unir tanta multitud de Leyes en un systèma perceptible. Fuè desgracia, que las turbaciones de la República, y la suerte trágica de este Orador, el mas propio para hacer un methodo de Jurisprudencia, no le huviesse dado lugar para exercer en esta Obra sus talentos. Pensamiento de M.T. Ciceron.

Julio Cesar pensó evitar la confusion, quitando la facultad à los particulares de dàr respuestas en Derecho; y esta providencia, què parece debia tener el efecto deseado, dañò mucho al sossiego público, segun testifica el mismo Ciceròn, y se hace del todo creìble; pues tan crecido numero de Leyes no podia hacerse perceptible sin el auxilio de hombres dedicados à este estudio. Conociò Cesar esto mismo; y quando pensaba dár à las Leyes un orden, que las hiciesse mas inteligibles, y al Imperio nuevas conquistas, para realzar su gloria, y engrandecer mas su nombre, el excesso de autoridad, que havia usurpado en una República libre, diò un trágico fin à su vida. Su sobrino, y successor Augusto, en quien se Pensamiento de Julio Cesar.

(1) *Cum multa præclarè legibus essent constituta, ea Jurisconsultorum ingeniis, pleraque corrupta, ac depravata sunt.* Cicero pro Lucio Murena.

se confirmò la Soberana autoridad, poniendo fin al Gobierno Republicano, y dando principio al Romano Imperio, se viò obligado à renovar à los Jurisconsultos la facultad que Julio Cesar les havia quitado; pero con la precaucion de no concederla sino à hombres sabios, y de conocido merito; con lo que añadiò à las respuestas de los Jurisconsultos mayor graduacion, y respeto. Este mismo exemplo siguieron los mas Emperadores.

Octaviano Augusto Cesar.

Aunque Augusto uniò en su persona las preeminencias de Rey, y Dictador, segun se verifica por la Historia, y por la Ley llamada *Regia* (1), que contiene las disposiciones de esta Suprema Potestad, no dejò de residir en el Senado una sombra del poder que tenia en tiempo de la Republica, con lo que continuò en promulgar Leyes al tiempo mismo que los Cesares promulgaban Constituciones Imperiales, y que célebres Jurisconsultos daban sus respuestas de una autoridad poco inferior à la Ley. Esta autoridad de los Jurisconsultos parece se conservaba en el tiempo de Seneca, assegurando este Filosofo, que sus respuestas se veneraban aun quando no señalassen la razon de su fundamento (2). Hallamos, no obstante, entre estos Jurisconsultos, que no solo havia variedad de opiniones, sino tambien cier-

(1) Vide Carranza *de Partu, cap.* 2. *num.* 246.

(2) *Quid quod, etiam sine probationibus ipsa monentis auctoritas prodest, sic quomodo Jurisconsultorum valent responsa, etiam si ratio non redditur.* Seneca *epistola* 34.

cierto genero de Escuelas, ò Sectas, que libremente cada uno podia seguir, llamandose del nombre de los Inventores, ò primeros Maestros, Sabinianos de Sabino, Proculeyanos de Proculo, Pegasianos, Casianos, &c. (1) Con lo que el desorden de la Jurisprudencia empeoraba todos los dias.

El Emperador Cayo Cesar, à quien un genero de calzado de que usaba diò el nombre de Caligula, se propuso prohibir las Escuelas de Jurisprudencia, porque decia introducian sutilezas inutiles en el Derecho, desviandolo de la razon natural (2). Si este pensamiento huviera procedido de algun Monarca juicioso, sin duda se deberia contar entre las maximas de un sabio Gobierno; pero en un maniatico, como Caligula, se debe reputar efecto de aversion à toda literatura; como lo fuè el pensamiento de prohibir la lectura de Homero; porque decia ser èl Emperador tan poderoso como Platon, que lo desterrò de su República; y la de Virgilio, y Tito Livio, por ser aquel un Poeta sin espiritu, y este un Historiador inutil, y embustero. Y quando se aplicò la quadrigesima parte de todos los bienes, que se pusiessen en litigio, no fuè con Cayo Cesar.

B 2 ani-

(1) §. *Quum ex aliena materia* 25. *Instituta de Rerum divisione. Leg.* 2. §. *Hi duo, ff. de Origine Juris.*

(2) Suetonius *in ejus Vita, cap.* 34. *Quasi scientiæ Jurisconsultorum omnem usum aboliturus, sæpe jactavit, se, mehercle effecturum, ne quid respondere possent præter eum.* (*Alli legunt: præter æquum.*)

animo de evitar pleytos, sino un arbitrio de llenar su avaricia, llevando à mal el que los pleytos se cortassen de otro modo, que con los tramites judiciales. El mismo fin tuvo en esto, que en tributar las diversiones de las mugeres públicas, cuyo lucro procuraba aumentar, solicitando todas las comodidades de este comercio.

Edicto perpetuo del Emperador Adriano.

El Emperador Adriano quiso en algo remediar el desorden de la Jurisprudencia; y valiendose de la capacidad del Jurisconsulto Salvio Juliano, hizo juntar en un volumen todos los Edictos de los Pretores de mas recomendable justicia, y equidad, distribuyendolos por diversos libros, y titulos, à cuya Coleccion diò con la autoridad Imperial el nombre de Edicto perpetuo, dejando en su vigor las antiguas Leyes. De este Edicto se hizo una especie de Compendio con el nombre de Edicto Provincial. Fuè este Edicto assunto en que se exercitaron los mas célebres Jurisconsultos, Paulo, Ulpiano, Pomponio, Callistrato, haciendo sobre èl varios Comentarios, en que la discordia de sentimientos hizo lugar à una Jurisprudencia arbitraria, dependiendo de los Jueces la eleccion entre dictamenes opuestos.

Edicto Provincial.

Providencia del Emperador Theodosio contra el desorden de la Jurisprudencia, y respuestas de los Jurisconsulto.

Conociò Theodosio el Mozo este desorden, que intentò remediar, promulgando una Ley, por la que derogò la autoridad de los Jurisconsultos, exceptuando à Papiniano, Paulo, Ulpiano, y Cayo, determinando, que en caso que estos no fuessen conformes en sus decisiones, se siguiesse la pluralidad; y que el sufragio

gio de Papiniano fuesse atendido con preferencia à los demàs. Esta Ley se halla en el Codigo Theodosiano, con la inscripcion *Theodosius*, *&* *Valentinianus* (1). Providencia tan trabajosa, como fatal à los pleytos, segun la que era preciso contar los sufragios de los Jurisconsultos autorizados, con especial atencion al sentimiento de Papiniano, recayendo la disputa, no yà sobre el sentido de la Ley, sino sobre el sentimiento de los Interpretes, interpretando los Jueces, y Abogados, no yà la Ley, sino la interpretacion misma.

Codigo Gregoriano, y Hermogeniano.

De varias Constituciones Imperiales, Gregorio, y Hermogenes, dos particulares, que parece vivieron en tiempo de Constantino, hicieron cada uno su Coleccion, que se llamaron del nombre de sus Colectores, Codigo Gregoriano, y Codigo Hermogeniano. Este ultimo contiene solo Constituciones de Diocleciano, y Maximiano: el primero de otras de distintos Emperadores; y de estas dos Colecciones solo tenemos al presente algunos fragmentos.

Codigo Theodosiano.

El Emperador Theodosio el Mozo publicò en el año de quatrocientos treinta y cinco una Coleccion, que de su nombre se llamò Codigo Theodosiano, en que recogiò las Constituciones de los Emperadores Christianos, distribuyendolas en diez y seis libros. Y no obstante las contradicciones, y otros defectos, que notò Gothofredo en la erudita Edicion que hi-

(1) *Leg.* 1. *tit.* 4. *lib.* 1. *Cod. Theodos.*

hizo de esta Obra, lo que de ella tenemos hace desear lo que la injuria de los tiempos no permitiò llegasse al nuestro.

Conducta del Emperador Justiniano.

Este era el estado de la Jurisprudencia Romana al tiempo que Justiniano se ciñò la Purpura Imperial: estado, en que segun èl mismo afirma (1), la verbosidad de los Interpretes, y la contrariedad de sus sentencias, tenia quasi todas las Leyes en una obscura confusion, y todo el Derecho conturbado.

Para remedio de este desorden en la facultad legal emprendiò este Emperador una Obra, en la que, segun él mismo escribiò al Senado, havian en verdad pensado sus antecessores; pero ninguno se havia atrevido à executar, y que todo el mundo miraba como fuera de las fuerzas del entendimiento humano. Sin duda si la Obra huviera respondido à lo que prometiò Justiniano, sería acreedor à las alabanzas con que èl mismo se inciensa. Y tal qual ella es, ha dado mucho honor à su Imperio, y à los diez y seis Jurisconsultos, que trabajaron en ella. Entre estos Triboniano, à quien el mismo Emperador colma de alabanzas, y llenò de honras, es à quien la Critica atribuye lo bueno, y lo malo que en dicha Obra se encuentra. El merito de Justiniano, y el de Triboniano no ayudan al honor de su empressa, puesto que la conducta de aquel Emperador es un proble-ma

Merito de Triboniano, famoso Jurisconsulto, empleado con otros en las Colecciones de Justiniano.

(1) *Constitut. Deo Auctore*, §. 12. *Constit. Tanta*, §. 21. *Cod. de Veteri Jure enucleando.*

ma en la Historia. Aun sobre su literatura hay opiniones tan diferentes, que haciendolo unos literato, dicen otros haver sido tan ignorante, que no sabìa el abecedario (1). Y Triboniano, si creemos à Suidas, fuè una alma venal, y un hombre sin Religion. Y Mathèo Blastares, Monge Griego, en una Historia del Derecho Romano, que diò à luz en el siglo XIV. dice, que este Jurisconsulto era muy versado en todo genero de ciencia; pero culpable de una avaricia diabolica: y que quando compilò las Novelas, los que tenian, ò esperaban pleytos, le sobornaron con dinero para que las pusiesse de un modo, que les fuesse ventajoso, ò à lo menos, que no les fuesse perjudicial. Y aunque no le faltan à Triboniano defensores contra estas, y otras acusaciones, con dificultad se le podrà escusar de haver dado motivo con vejaciones, que hizo al Pueblo, de que se le notasse de avariento, y fuesse desposseìdo de su primer Questura, en la que fuè reintegrado, dandо pruebas de mejor conducta.

Vengamos à la Obra Juridica de Justiniano. En el segundo año de su Imperio, que corresponde al de quinientos y veinte y nueve de la Era vulgar, en diez y seis de Abril publicò un Codigo, que vino à ser una Coleccion del Gregoriano, Hermogeniano, y Theodosiano, reduciendo los tres à un solo Codigo, que se llamò Justiniano; de cuya

Colecciones, y Obras de Justiniano.

(1) Vide Bovadill. *Politica, lib. 2. cap. 6. num.* 15.

Obra solo la noticia llegò à nuestros tiempos.

En el sexto año de su Imperio, ò en el de quinientos treinta y tres de la Era vulgar publicò el Digesto, ò *Pandectas*, nombre Griego, que indica Coleccion de toda la doctrina legal: en el mismo año, y un mes antes de la publicacion de las Pandectas publicò las Instituciones, que son como elementos del Derecho; y en el siguiente año de quinientos treinta y quatro publicò otro Codigo *repetitæ prælectionis*, revisto el primero, emendado, y añadido de varias decisiones, y es el de que hoy usamos. Junto con este anda el Libro de las Novelas, ò Constituciones nuevas, que publicò el mismo Emperador, segun se cree, el año siguiente. Estas Novelas regularmente derogan, y corrigen el Derecho antiguo contenido en el Digesto, y Codigo.

Instituciones.

Entre todas estas Obras las Instituciones, que vulgarmente llamamos Instituta, es la que dà mas honor à sus Compositores. Es ciertamente un pequeño, pero muy luminoso volumen, en que claramente se describe la idéa de la Jurisprudencia Romana, conduciendo à los principiantes por seguros, y sólidos elementares fundamentos, capaces de facilitarles las riquezas, que de esta profession se hallan esparcidas en las vastas regiones de las Pandectas, y Codigo.

Digesto, ò Pandectas.

El Digesto, ò Pandectas es una Obra muy difusa, dividida en cinquenta libros, y cada libro en diversos titulos. El trabajo de los Compiladores fuè grande, aunque reducido à

ex-

extraher de mas de dos mil volumenes de los Jurisconsultos, en que andaba esparcida la literatura legal, lo que juzgaron ser mas à proposito à ilustrar la Jurisprudencia. Estos Extractos los colocaron bajo el titulo à que pensaron pertenecer, poniendo sobre cada Extracto el nombre del Jurisconsulto con citacion de la Obra donde se extrajo.

Esta Obra, aunque compuesta de sentencias de Interpretes particulares, la ilustrò Justiniano con su Imperial autoridad, teniendo en ella fuerza de Ley, lo que antes solo tenia el peso de interpretaciones de hombres graves (1). En una Coleccion de esta classe no son de admirar los defectos, que se hacen muy visibles, no solo por no haverse guardado el systéma de las Instituciones, y orden conveniente en los libros, y sus titulos, sino tan bien por las contradicciones, y ambiguedades que en èl se encuentran, y que causan indissolubles dificultades; y las autoridades de los Jurisconsultos por lo comun son extrahidas del hilo que el Jurisconsulto llevaba en su Obra, y de que debia pender su verdadero sentido (2).

De toda esta Obra hicieron los primeros Interpretes, para mejor comodidad, tres divisiones, que señalaron con los tres nombres de Digesto Viejo, Digesto Nuevo, è Inforciato, so-

(1) *Vid. titul. Cod. de Veteri Jure enucleando.*

(2) *Justinianus superflua substulit, ac vana implevit.* Apud Lucam *de Judic. disc.* 35. *num.* 6.

ſobre cuyo origen, y ſignificacion diſputan, no menos lata, que ocioſamente algunos Doctores (1).

Verdaderamente ſe encuentra en las Pandectas toda la doctrina de Juriſprudencia; y aunque ſin el metodo conveniente, ſe hace de èl mayor aprecio por los fragmentos de las Obras de los Juriſconſultos, que contiene tanto mas admirables, quanto no han tenido otra guia en ſus deciſiones, que la reflexion ſobre los dictamenes de la razon natural: fragmentos tan excelentes, que hacen culpable la conducta de Juſtiniano en haver hecho olvidar, y perder los Libros de aquellos eſclarecidos Juriſconſultos, ſubſtituyendo en ſu lugar unos mutilados Extractos.

Eſta pérdida ſe reparò en algun modo por algunos Curioſos, que anſioſamente indagando por las antiguas Bibliothecas, hallaron diverſos manuſcritos de Obras de eſtos Juriſconſultos, que dieron à la Imprenta con no poca utilidad de la Literatura legal, uſandoſe de ellos como ſe debe, no para inducir nuevo Derecho, ſino para ſuplir à las mutilaciones hechas por Juſtiniano, y ſacar à luz el verdadero ſentido de la ſentencia del Juriſconſulto (2).

En el Codigo ſe obſervò el miſmo methodo que

(1) Vide Barboſ. *ad tit. Dig. Soluto matrimon. prim. part. rubric. à n.* 1.

(2) Morla *Empor. part.* 1. *quæſt.* 11. *num.* 18. *tit.* 1. Vid. Card. de Luc. *Conflict. Leg. obſerv.* 23.

què en el Digesto, no haviendo mas diferencia de ser este una Coleccion de sentimientos de los Jurisconsultos mas famosos, y aquel una Coleccion de Constituciones Imperiales.

Codigo repetitæ prælectionis.

Haviendose propuesto Justiniano en esta nueva disposicion legal, el poner un Derecho claro, y perceptible, libre de las tinieblas, con que le havian obscurecido, no podia contemplar ser este fin assequible, no cortando la raiz, que havia producido el desorden à que intentaba poner remedio; por esto prohibiò severamente à todos los peritos de Derecho, que al tiempo existian, ò lo fuessen en lo venidero, el que hiciessen à esta nueva composicion Notas, Comentarios, ù otro genero de interpretaciones, condenando à los contraventores en las penas de falsarios; pero como podria suceder haver alguna cosa, que necessitasse declaracion, previene, que en este caso recurran los Jueces al Emperador, à quien solo, como el promulgar Leyes, pertenece el declararlas (1). Tan mal se observò esta providencia, como en su lugar dirèmos (2).

Prohibicion de Justiniano de interpretar el Derecho.

Despues de la muerte del Emperador Justiniano, las irrupciones de Naciones Barbaras en el Imperio ocasionaron à la Jurisprudencia la misma ruina que à toda otra buena literatura (3): de modo que las Pandectas quedaron

Hallazgo de las Pandectas, olvidadas con el tiempo.

(1) *Leg. Deo Auctore*, §.12. *leg. Tanta*, §. 21. *leg. Dedit nobis*, §.21. *Cod. de Veteri jure enucleando.*

(2) *En el Discurso* 4. *de este libro.*

(3) Borel. *de Præstantia Regis Catholici*, *cap.* 78. *num.* 26.

ron como olvidadas de la memoria de los hombres, principalmente en el Ocidente, haſta el ſiglo XII. y año de mil ciento y treinta, en que con motivo de la guerra ocaſionada entre el Emperador Lothario II. y Rogerio, Duque de Calabria, y de la Apulia, Provincias en el Reyno de Napoles (para aſſegurar à Innocencio II. en ſu Silla Apoſtolica, contra el Antipapa Pedro de Leon, que à favor de algunos Cardenales, dinero, y amigos, principalmente dicho Duque, ſe havia tomado el nombre de Anacleto) haviendo Lothario ſometido dichas Provincias, en el ſaquèo de Amalfi, Villa de la Apulia, hecho por las Tropas del Papa, y Emperador, ſe encontraron las Pandectas (1): manuſcrito, que ſe aſſegura ſer del tiempo de Juſtiniano, ò muy cerca. Eſte precioſo manuſcrito ſe llevò à Piſa, y de alli fuè tranſportado à Florencia, en donde ſe conſerva con mucha eſtimacion. El miſmo Emperador Lothario publicò (ſegun algunos dicen) Edicto para que ſe enſeñaſſe el Derecho Romano en las Eſcuelas, y ſe practicaſſe en los Tribunales del Imperio.

De eſte theſoro de Juriſprudencia luego ſe eſparcieron en Europa varias copias, en las que fuè facil introducirſe por deſcuido de los Copiſtas falſas lecturas, y defectuoſas puntuaciones; lo que no poco embarazaba el eſtudio del Derecho Romano, retardando ſu inteligencia. Las impreſsiones ſiguieron los vicios de

(1) Vid. Card. de Luca *de Servit. in annot. ad diſc. 1. n. 5.*

de las copias manuscritas; y aunque se puso el cuidado de rectificarlas con el manuscrito Florentino, no por esso ha cessado la facilidad de los Interpretes de culpar defectuosos los textos, quando no se acomodan con sus particulares opiniones. Jacob Cujacio J. C. Francès, cuyas Obras le dàn un grado muy eminente en la Literatura Juridica, y que floreciò en el siglo decimo sexto, prometiendose hallar en aquel manuscrito muchas luces para ilustrar la Jurisprudencia Romana, pretendiò con mucha ansia tenerle en su poder por espacio de un año, ofreciendo en fé de seguro retorno un deposito de dos mil escudos de oro. Y aunque el Duque, y Duquesa de Saboya interpusieron su credito con Cosme de Medicis à favor de Cujacio, solo pudieron conseguir del Gran Duque un honrado acogimiento al J. C. para que fuesse à Florencia à reconocerle à su gusto. Prueba de la precaucion con que se guarda este thesoro de Amalfi; pero Cujacio no se hallò en estado de poder emprender este viage.

Como se recibieron las Leyes Romanas como un Derecho Comun.

La Italia parece fuè la primera en recibir el Derecho Romano en sus Escuelas, è insensiblemente se fuè introduciendo por las Universidades de la Europa, cuyos Pueblos dismembrados del Imperio Romano por nuevos Conquistadores, y agitados en continuas reboluciones, no tenian mas Leyes, que lo que dictaba la razon, y el buen sentido, junto con sus particulares costumbres, que tomaban fuerza de ley; pero éstas solo decidian algunos

nos casos singulares, sin doctrina universal, que fuesse aplicable à otros casos, y circunstancias. Y como en el Derecho Romano huviesse para esto mayor provision, y por otra parte las Leyes Romanas no tengan comunmente otro apoyo para sus decisiones, que la razon natural, y buen sentido; los Pueblos, desnudos de la barbarie, que sus incessantes reboluciones havia introducido, conociendo deber vivir racionalmente, unieron à sus costumbres las Leyes Romanas, que hallaron fundadas en los dictamenes, que la razon natural inspira à la humanidad (1). El Derecho Canonico, adaptando, y imitando muchas de estas Leyes, les comunicò cierto grado de autoridad (2).

Fuè, pues, como necessario recibir un cuerpo de Derecho, que ademàs de su equidad, no tenia por competidor otro tan completo; contribuyendo mucho las Escuelas, à cuyos Professores se solian encomendar los cargos de Justicia, y quienes tenian el cuidado de hacer practicar lo que en ellas havian estudiado. Con lo que vino à ser en la Europa el Derecho Romano un Derecho comun, y las costumbres de cada Reyno, ò Provincia, un Derecho particular. De donde viene, que quando nuestros AA. hablan del Derecho de algun Reyno, dicen por Derecho de España v. g. ò simplemente por Derecho Real; y para denotar el Romano, dicen por Derecho Comun.

Aun-

(1) Card. de Luc. *Conflictu Legis, observ.* 19.

(2) *Cap.* 1. *de Novi operis nunciatione.*

Aunque el Emperador Justiniano, como hemos dicho, para evitar los inconvenientes, que havian dado causa à la confusion de las Leyes, prohibiò severamente todo genero de interpretacion à sus nuevas Colecciones, no se creyò deber ser practicable esta providencia; pues ademàs de que una Obra tegida de tanta diversidad de fragmentos, no pocas veces entre sì discordes, y repugnantes, sin orden, ni metodo instructivo, necessariamente pedia Interprete, lo hacian mas preciso las circunstancias del tiempo, en que este Derecho, despues de tantos siglos sepultado, resucitò entre unos Pueblos, entre quienes apenas havia cosa comun con los antiguos Romanos, trastornado el modo de Gobierno, mudadas las costumbres, è introducidas las que las Naciones conquistadoras trajeron de los Cantones de donde salieron à arruinar este glorioso Imperio. Dificultades en la inteligencia del Derecho Romano.

Conduce sin duda mucho para la inteligencia de las Leyes, como ingeniosamente lo pensò el célebre Cujacio (1), su uso quotidiano, y el hablar con unos Pueblos, que estàn en el hecho de lo que disponen, que sin necessitar muchas palabras entienden la voluntad del Soberano, y lo conveniente al bien público; lo que, aun con largas explicaciones, no puede ser assequible de un Pueblo extraño. Son como los Criados de un Padre de familias, que acostumbrados al régimen de aquella casa, facilmente perciben la voluntad de su Amo, y aco-

(1) Cujacius *in Præfat. Parat. Digest.*

acomodan sus mandatos con el acostumbrado gobierno ; para lo que los Criados nuevos, aunque sean habiles, necessitan largas instrucciones.

Muchas prácticas, que dàn el alma, y espiritu à la Ley, penden mas de la tradicion de unos hombres à otros, que de sus palabras; las que faltando aquella tradicion, se hacen dificultosamente perceptibles. Esta falta de tradicion en unos tan immutados Pueblos, quando otras confusiones no embolviera el Derecho Romano, necessariamente pedia Interprete ; y ojalà la diligencia de éstos fuera suficiente para declararle!

La mutacion de lenguage, no siendo yà la Latinidad un idioma comun, sino una trabajosa adquisicion con un particular estudio, bastaba para hacer imperceptibles aquéllas Colecciones sin el recurso à los Interpretes; y aun entre los primeros que se aplicaron à la interpretacion de las Leyes, era tan imperfecto el conocimiento de la Lengua Latina, que hizo lugar à varios errores, que despues otros mas diestros Latinos emendaron (1).

Se debe esto, como todo progresso en la Literatura, al esfuerzo que desde el siglo decimo quarto hicieron las Universidades de Europa, promovidas de sus respectivos Principes, para desterrar la ignorancia, en que los Pueblos por sus continuas reboluciones, y defecto de Escuelas públicas, estaban sumergidos.

Y

(1) Card. de Luc. *de Judiciis, discurs.* 35. *num.* 68.

Y aunque conservaron algunos de nuestros Interpretes en sus Comentarios una especie de barbarie, que hace su lectura nada apetecible, se halla yà en muchos modernos enteramente corregida. Ciertamente las Colecciones de Justiniano necessitaron de Interprete; pero fueron tantos los que concurrieron à interpretarlas, que añadiendo nuevas confusiones à las que en sì contenian, pusieron el Derecho en peor estado de incertidumbre del en que antes de este Legislador se hallaba, como por los Discursos de esta Obra se irà manifestando.

Interpretaciones del Derecho Romano, ò Comun, igualmente comunes.

Puesto que el Derecho Romano es el Comun de quasi toda la Europa, tambien le son comunes las interpretaciones de los J. C. Europeos: y assi los AA. DD. ò Interpretes Franceses, Italianos, ò Alemanes, no nos son à los Españoles de menos autoridad, que los Nacionales, quando no se trata de negocio expressamente decidido por Ley del Reyno: y en este mismo sentido observamos las decisiones de los Tribunales Estrangeros, con quasi la misma sumission con que veneramos las de los nuestros. Y en otra parte se dirá quánto en esto erremos, no solo confundiendo nuestra Jurisprudencia, sino tambien contraviniendo à nuestras mismas Leyes.

Derecho Feudal.

A este Derecho Comun se añadieron dos Libros, que andan con el Codigo, que tratan de los Feudos. Esta addicion fuè puesta despues que arruinado el Imperio Romano, se inventò con el nombre de Feudo la

Jurisprudencia correspondiente à materia feudal, aunque apoyada con las Leyes de los Romanos en quanto pudo ser possible. Estos Libros solo refieren las costumbres, que comunmente se practìcan en los Feudos; y aunque su Coleccion no tiene otra autoridad, que la de algunas personas particulares, que se aplicaron à aquel trabajo, como fueron Oberto, Gerardo, y otros mas modernos, que tambien añadieron algunas Constituciones de los Emperadores de Alemania; no dejan, no obstante, los Interpretes de disputarlo, en consideracion à la diferencia, que desde mucho tiempo dàn los Pueblos à aquellos Libros, los que siempre se citan con mucho respeto (1).

Constituciones de los Emperadores de Oriente.

El estùdio sério, que de la lengua Griega se hizo posteriormente en la Europa, haviendonos procurado, con no pocos progressos de la Literatura, la traduccion de multitud de Obras Griegas à la Latinidad; tambien lograron este mismo beneficio varias Constituciones, que los Emperadores de Oriente en diversos tiempos promulgaron, y que en las modernas impressiones se incorporaron en el Codigo de Justiniano: y no siendo à la verdad mas que un trabajo gramatical de los que se emplearon en traducirlas, no dejan de originarse graves disputas, tanto sobre su autenticidad, como sobre la autoridad, y fuerza que tengan, para ser atendidas como Leyes (2).

Es-

(1) Vid. Card. de Luc. *Conflict. Legis, observ.* 21.

(2) Card. de Luc. *de Servitut. disc.* 1. *à n.* 4.

Eſte miſmo eſtudio de la lengua Griega nos facilitò la traduccion de la grande Obra nombrada Baſilicon, ò Conſtituciones Imperiales, que ſe imprimiò ultimamente en las dos lenguas, Latina, y Griega en Parìs, año de mil ſeiſcientos quarenta y ſiete, de la que hace memoria el Cardenal de Luca (1). Eſta Obra es una nueva compilacion del Derecho Romano del Emperador Leon Sexto, que entrò en el Imperio de Oriente por los años de ochocientos ochenta y ſeis. Pareciendole à eſte Emperador imperfecta la hecha por Juſtiniano, y fuera de eſto, haviendo yà entonces el contrario uſo abrogado muchas de ſus diſpoſiciones; hallò conveniente hacer otra, dividida en ſeis partes, y ſeſenta libros, quitando lo que el uſo havia antiquado, y añadiendo las nuevas Leyes, que èl, y ſu padre havian publicado. Pero qualquier autoridad que eſte nuevo cuerpo de Leyes haya tenido en el Imperio de Oriente, fuè enteramente deſconocida en el Occidente: y como advierte el miſmo Luca, eſta Obra ſolo puede ſer buena para la diverſion de los Eruditos, y no para el Fuero práctico.

Baſilicon.

Finalmente la lengua Griega, en que felizmente ſe exercitaron varios Profeſſores de Derecho, no puede negarſe haver contribuìdo mucho à ſu inteligencia, dando luces para deſ-

Utilidad de la lengua Griega, para la iluſtracion del Derecho Romano.

(1) Card. de Luc. *in annotat. ad diſc. 1. de Servit. num. fin.* Dom. Remig. Ceillier *de Scriptor. Eccleſiaſt. tom.* 19. *cap.* 35.

deshacer muchas equivocaciones, que la Latinidad solo no podia ministrar; entre cuyos beneficios añadiò tambien à su interpretacion nuevas dificultades: y con no poco embarazo al comun de los Lectores, se esparcen en los Comentarios Latinos lunares Griegos, lo que à Parladorio (1) parece hermosura, y à Don Diego Saavedra Fajardo causa risa (2).

DISCURSO III.

COMPENDIO HISTORICO del Derecho Canonico.

TOdo este Cuerpo de Derecho, de que acabamos de hablar, mira principalmente al Gobierno Civil: la Religion era preciso tuviesse sus Leyes en orden à la direccion espiritual. Estas se llamaron Canones, del nombre Griego Canon, què significa Regla. Era costumbre en los Concilios, despues de la decision de los puntos sobre que havian sido principalmente convocados, establecer ciertas Reglas, ò Canones para la direccion de cosas Eclesiasticas. Los que procedian de Concilios Ecumenicos, ò Generales, obligaban à toda la Iglesia. Los Concilios particulares à sola la Provincia de su convocacion; pero siempre se atendian con mucho respeto en las mas Iglesias. Solian los Pontifices Romanos ser consul-

Canones.

Decretales.

(1) Parladorius *Epistol.* 2. *ad Filios, circa finem.*

(2) Saavedra *Republica Literar fol...*

sultados por otros Prelados inferiores en punto de disciplina; y sus respuestas las llamaron Epistolas, ò Cartas Decretales. De estas la mas antigua, à lo menos que hoy se conserve, es de Syricio Papa, dirigida à Hymerio, Obispo de Tarragona, año de trecientos ochenta y cinco.

Es verosimil huviesse al princio de la Iglesia algun Prontuario de Canones, ò Reglas, para su mejor, y mas facil observancia en el Gobierno Eclesiastico, como se vè por los Canones intitulados de los Apostoles, que aunque yà no se reputen Apostolicos, no se les debe negar una antiguedad muy grande. De otros antiguos libros de Canones hace mencion el Papa Nicolao, escribiendo à los Obispos de Francia (1), y Leon IV. à los de Inglaterra (2).

Canones de los Apostoles.

Pero entre los particulares Colectores, el mas antiguo, y el que trabajò con mas amplitud fuè Isidoro Mercator, que se cree haver sido Español, y su Coleccion se extiende hasta el Concilio II. Hispalense, ò de Sevilla, que se celebrò año de seiscientos y diez y nueve. Esta Coleccion fuè muy famosa en los siglos siguientes, y à la sombra de la ignorancia, y falta de critica de aquellos tiempos passaron por infalibles muchas Decretales, que hoy se creen supuestas. En esta Coleccion no guardò Isidoro otro metodo, que el orden de

Primer Coleccion de Canones.

Mercator.

 los

(1) *Cap. Si Romanorum, distinct.* 19.

(2) *Cap. de Libellis, distinct.* 20.

los tiempos, y Provincias. Algunos quisieron atribuir esta Obra à San Isidoro, Arzobispo de Sevilla, pero sin probabilidad alguna.

Otras Colecciones. En el siglo XI. en tiempo de Otton III. Emperador, Buchardo, Obispo Wormacense, hizo una nueva Coleccion de Canones, en que, apartandose del metodo de Mercator, siguiò el de las materias, que habian dado causa à su establecimiento. El mismo orden siguiò, no mucho despues, S. Ibo, Obispo Carnotense, haciendo otra Coleccion mas completa, que las precedentes, y en que insertò varias Leyes de las Pandectas, y Codigo, segun juzgò convenir al fin que se propuso, intitulandolo todo *Pannomia*, nombre Griego, que indica Coleccion de todas Leyes: sì bien que algunos se persuaden, que la Pannomia no fuè Obra de San Ibo, sino un Compendio, que posteriormente se sacò de sus escritos.

Buchardo.

S. Ibo.

Pannomia.

Decreto de Graciano. De todas estas Colecciones se aprovechò Graciano, Monge Benedictino en el Monasterio de San Proculo de Bolonia, en la que diò à luz por los años de mil ciento cinquenta y uno en tiempo del Papa Eugenio III. Su principal estudio, y aplicacion fuè concordar los Canones, que entre sì parecian dissonantes; à cuyo fin eligiò cierto metodo de distinciones, causas, y questiones, refiriendo los Canones, que podian inclinar à una, ò à otra parte, y añadiendo de su propria doctrina el modo de reducirlos à concordia. Por esto intitulò esta Obra: *Concordia discordantium Canonum*: Concordia de los Canones discordantes; aunque pre-

prevaleciò la coſtumbre de llamarſe ſimplemente Decreto de Graciano: numero ſingular por plural, pues mas propiamente debia llamarſe Decretos, ò Coleccion de Decretos de Graciano. Eſta Obra fuè de una autoridad, tanto mas grande, quanto en mucho tiempo, ni en las Eſcuelas, ni en los Tribunales, ſe conociò otro Derecho Canonico; ſiendo los Canones de Graciano los que reglaban todos los negocios Ecleſiaſticos. En eſta Coleccion recogiò eſte Autor todos los defectos, y vicios de las precedentes, y la autoridad de Iſidoro Mercator ſe confirmò bajo otra pluma mas difuſa, y metodica. Eſta Obra fuè corregida de mandato de los Sumos Pontifices Pio IV. San Pio V. y ultimamente Gregorio XIII. y de las correcciones, que en ella ſe hicieron, ſe dà razon en ſu Prefacion.

Sin embargo ſe duda aùn hoy del grado de autoridad que merezca (1), y ſe reſuelve comunmente, que el grado de autoridad ſe debe tomar del origen de donde eſtos Canones ſe extrajeron; pueſto que Graciano, para eſtablecer, ò rechazar algun dogma, ſe valiò de autoridades de diverſa graduacion; es à ſaber, de la Sagrada Eſcritura, de los Concilios, de los dichos de los Santos Padres, de los dichos de hombres grandes, de las Pandectas, y Codigo, fragmentos de Hiſtoria, &c. entre quienes hay la diverſidad que ſe concibe, para diferenciar los grados de autoridad, que ſe me-

(1) Card. de Luca *de Legatis, diſcurſ. 25. num. 6.*

merecen; segun lo que parece indispensable el recurso à los originales, sin cuyo recurso apenas podrà formarse certeza, tanto en la verdad, como en la autoridad de los trasuntos (1).

Maestro de las Sentencias.

Parece que Graciano, y Pedro Lombardo, Arzobispo de Parìs, conocido por su famosa Obra, que le diò el renombre de Maestro de Sentencias, trabajaron de un mismo acuerdo, y quasi en un mismo metodo, y tiempo: este por la Theologia, reduciendo à concordia passages extrahidos de la Sagrada Escritura, y de las Obras de los Santos Padres: y aquel por la Jurisprudencia Eclesiastica, erigiendo el uno, y el otro los fundamentos de la Escolastica, que tanto, acaso en mucha parte, inutilmente fatiga à varios ingenios. Pero à estos grandes hombres no debe imputarseles qualquier abuso que se haga sobre sus Obras.

Pedro Comestor.

Al mismo tiempo Pedro Comestor, ò Comedor, hermano de los dos (y todos tres de filiacion ilegitima, segun vulgarmente se cree, aunque no falta quien les vindique de esta nota, como calumniosa (2)) compuso la famosa Historia Escolastica, que se mirò algunos siglos como el cuerpo de la Theologia Positiva. Contiene los sucessos desde el principio del Genesis hasta el fin de los Actos de los Apostoles, mezcladas varias glossas, è incidentes de la Hist-

(1) D. Gonzalez Tellez *in Apparatu de Origine, & progressu Juris Canonici, n.* 50.

(2) Apud D. Gonzalez Tellez *in cap.* 1. *de Filiis Presbyter. Ordin. vel non, n.* 4.

Historia Profana. Con que se puede decir, que las tres mas essenciales Facultades, y ocupaciones de los Eclesiasticos; es à saber: Theologia Escolastica, y Positiva, y Jurisprudencia Canonica, recibieron en la pluma de estos tres hermanos el orden con que se facilitò su adquisicion.

Todas las Constituciones, ò Canones, que no estaban en la Coleccion de Graciano, se llamaron Extravagantes, como fuera del cuerpo del Derecho Canonico; pero haviendose estas multiplicado con el tiempo, fuè necessario hacer otro segundo cuerpo, ò tomo de Canones.

Decretales de Gregorio IX.

Cuidadoso el Pontifice Gregorio IX. de dár à luz esta nueva Coleccion, la encomendò à San Raymundo de Peñafort, natural de Barcelona, Religioso del Orden de Santo Domingo, su Confessor, y Capellan Penitenciario, Canonigo antes, y Preposito de la Santa Iglesia de Barcelona, muy versado en los dos Derechos, Civil, y Canonico, en que fuè creado Doctor por la Universidad de Bolonia, entonces muy célebre. Trabajò San Raymundo este segundo cuerpo de Canones, no segun el metodo de Graciano, sino siguiendo el rumbo de las Pandectas Civiles, y Codigo, dividiendolo en cinco libros, y cada libro en diversos titulos, poniendo bajo cada uno los Canones, y Decretales, que parecieron convenir, quitandoles lo que pareciò superfluo: sì bien, que algunos Interpretes se quejan de haverlo hecho alguna vez tambien de lo util: y

sin

ſin duda hay Decretales, cuyo verdadero ſentido no ſe percibe, ſin el ſuplemento de ſu entera lectura. Eſta Obra ſe publicò en el año de mil doſcientos y treinta con el titulo de Decretales de Gregorio IX.

Sexto de Decretales.

Y como la neceſsidad de proveer à nuevos caſos, y remediar deſordenes, haga multiplicar las Leyes, Bonifacio VIII. que ſubiò al Pontificado año de mil doſcientos noventa y quatro, juzgò preciſo hacer otra Coleccion de Conſtituciones nuevas; y valiendoſe de otros habiles Canoniſtas, publicò en el año de mil doſcientos noventa y ocho ſu nueva Coleccion, guardando el miſmo metodo que ſe obſervò en la de Gregorio IX. Pareceria mas comodo el que las nuevas Conſtituciones ſe inſertaſſen en la Coleccion Gregoriana en los libros, y titulos adonde correſpodian; pero ſe tuvo por mas conveniente formar una nueva Coleccion, dandole el nombre de libro ſexto, no para denotar addicion de un libro à los cinco de las Decretales, quando no es ſino una repeticion de los cinco libros con addicion de nuevas Conſtituciones; ſino por la perfeccion del numero ſenario, y para que no fueſſe neceſſario deſtruìr los libros de las antiguas Decretales, y hacer otros nuevos: razones, que dà el miſmo Pontifice en el Eſcrito que dirigiò à la Univerſidad de Bolonia, que ſe halla por Prefacion de eſta Obra.

Clementinas.

En el año de mil treſcientos y cinco fuè electo Pontifice Clemente V. quien de ſus propias Conſtituciones, y Decretos del Concilio de

de Viena, celebrado año de mil trefcientos y once, formò otra nueva Coleccion, à la que intentò poner el nombre de Septimo de Decretales. En efta Obra fe guarda el mifmo orden, que en las Gregorianas, y Sexto. Y aunque el año de mil trefcientos y catorce fe publicò en el Confiftorio del Papa, quedò con fu muerte como fufpenfa la publicacion; y Juan XXII. que le fuccediò en el Trono, la publicò nuevamente, no con el nombre de Septimo, fino con el de Clementinas.

El mifmo Juan XXII. publicò varias Conftituciones; y las veinte de ellas, acomodadas con el orden de las Decretales, tomaron el nombre de Extravagantes de Juan XXII. Otras del mifmo Papa, y de otros Pontifices, publicadas defpues del Sexto, tambien fe pufieron con el mifmo orden con el nombre de Extravagantes comunes, por no fer propias, como las primeras, de un folo Pontifice. El nombre de Extravagantes fe les diò en la confideracion de fer pocas para conftituìr un cuerpo de Derecho. Extravagantes de Juan XXII. y comunes.

El Concilio de Trento, que principiò el año de mil quinientos quarenta y cinco, y diverfas veces interrumpido, y continuado, tuvo fin en el año de mil quinientos fefenta y tres, conftituye un pequeño cuerpo de Derecho en quanto al volumen, pero grande en fus difpoficiones: en èl fe renuevan varios Canones antiguos, cuya obfervancia havia decaìdo: fe corrigen algunos, que necefsitaban reformacion; y fe añaden varios Decretos para remediar Concilio de Trento.

diar introducidos abuſos en la diſciplina Ecleſiaſtica. El Sumo Pontifice Pio IV. en la Bula que promulgò en el año de mil quinientos ſeſenta y tres para ſu confirmacion, publicacion, y obſervancia, prudentemente rezelandoſe llegaſſe la multitud de interpretaciones à corromper el ſentido del Concilio, como havia ſucedido al Derecho antiguo, ſeveramente prohibe ſe hagan à ſus Decretos comentarios, gloſſas, ſcholios, anotaciones, y todo otro genero de interpretaciones.

Septimo de Decretales.

Es indiſpenſable à la condicion humana el que las Leyes ſe multipliquen con los tiempos, no pudiendo prevenirſe los caſos, que ſola la experiencia demueſtra, veſtidos de las circunſtancias de bueno, y de malo, util, y pernicioſo. Y aſsi no es de admirar, que deſpues de tantos cuerpos de Derecho Canonico, de que hemos hablado, ſe haya hallado conveniente formar nuevas Colecciones. A eſte trabajo ſe aplicò Pedro Matheu, Juriſconſulto Lugdonenſe, haciendo una Coleccion de Conſtituciones nuevas, publicadas haſta ſu tiempo, con el metodo de la Gregoriana, ſin comprehender los Decretos del Concilio de Trento, y con el nombre de Septimo de Decretales. Eſta Coleccion no tiene mas autoridad, que el trabajo de un Doctor particular, y ſolo en razon de ſer Obra util, ſe añadiò á las precedentes Colecciones.

Todo eſte cuerpo de Canones ſe compone de piezas, que ſolo miran à caſos particulares, ſin que haya ſyſtéma formado de Juriſprudencia

cia Canonica, hecho todo (excepto el Concilio de Trento) à imitacion de las Colecciones de Derecho Civil.

Institута Canonica.

Y para que no faltasse cosa alguna à esta imitacion, Juan Paulo Lanceloto, Jurisconsulto Perusino, à emulacion de las célebres Instituciones de Justiniano, formò en otros quatro libros las Instituciones Canonicas. Y aunque parece se lisonjeò el Autor, que su Obra saldria à luz con autoridad Pontificia, solo se imprimiò con la de un Doctor particular; pero con el honor, que le han dado los Libreros, de enquadernarla con las Decretales, y mas Obras, de que acabamos de hablar, que todo junto compone el segundo tomo de Derecho Canonico, contando por el primero la Coleccion de Graciano.

Coleccion de Canones novissima; pero no publicada.

De otra Coleccion se habla (1), en que trabajaron insignes Cardenales, que principiò en tiempo de Gregorio XIII. y finalizò en tiempo de Clemente VIII. En esta compilacion, con el mismo metodo de las Decretales, se insertaron los Decretos del Concilio de Trento, y Constituciones Pontificias de cerca de trescientos años: y quando los Estudiosos esperaban gozar el fruto de un tan largo, y continuado trabajo, digno de la aplicacion de tantos Eminentissimos, quedaron frustradas sus esperanzas con un nuevo Acuerdo, por el que se ocultò al público una Obra, que yà se havia

(1) Fagnano *in cap. Cum venissent, de Judiciis, num.* 71. Reiffenstuel *in Proœmio Decretal.* §. 4. *num.* 62.

via impresso con el nombre de Septimo de Decretales de Clemente VIII. Algunos discurren haver sido motivada esta nueva providencia de la insercion de los Decretos del Concilio de Trento, con lo que se daba lugar à glossas, y comentarios, como es costumbre hacerse à las otras partes de Derecho. Parece que otro motivo mas poderoso causaria la supresion de esta Obra; pues aquel inconveniente podria evitarse extendiendo la prohibicion de Pio IV. à este nuevo cuerpo de Derecho. Además, que à la observancia de aquella Bula se falta sin escrupulo.

Otras varias Colecciones Canonicas.

No hablarè de muchas, y muy doctas Colecciones, no solo de Concilios generales, y particulares, sino tambien de otras varias Decretales de los Pontifices, que al tiempo de la Coleccion Gregoriana, ò quedaron olvidadas, ò con advertencia omitidas. Todo este muy erudito, y laudable estudio embuelve muchas dificultades en quanto al grado de autoridad, que en el Fuero práctico le deba ser aplicable (1).

Constituciones nuevas, ò Bulas de los Sumos Pontifices.

Pero es justo hablemos de las Constituciones Pontificias, posteriores à las enunciadas Colecciones de Canones, cuya autoridad, como inductiva de nuevo Derecho, ò en confirmacion, ampliacion, limitacion, ò correccion del antiguo, es mas conocida. Su numero es tanto mas inexplicable, quanto siempre và en aumento. No haviendo de estas Constituciones ordenada Coleccion, se hace preciso buscar-

(1) Card. de Luc. *Conflict.* | *Leg. observ.* 23.

carlas en Bularios, ò crecidos tomos de Bulas.

Despues de trabajosamente buscadas, aùn restan insuperables dificultades: sobre su autenticidad, juzgando algunos DD. por circunstancia precisa, para que obliguen como Constituciones Canonicas, el que se demuestren con las subscripciones, y sello pendiente (1): sobre su publicacion en forma solemne, y si esta, y otros requisitos (necessarios en las Leyes seculares para que obliguen) son assi precisos en las Eclesiasticas: lo mismo sobre su aceptacion, y observancia: en todo lo que con dificultad convienen nuestros DD. haciendo un laberynto tenebroso, de donde apenas se puede salir (2).

Declaraciones de la S. Congregacion.

Entre las Constituciones nuevas podemos contar las innumerables Declaraciones de la Sagrada Congregacion de Cardenales, Interpretes del Concilio de Trento. Los Decretos de este Concilio fueron extendidos con una pureza de latinidad, y con una elegancia digna de una pluma escogida entre los mas perítos professores de las humanas letras. La demasiada atencion à los preceptos de la gramatica, quanto gana en la pureza de la locucion, tanto suele perder en significar el verdadero sentido. Parece huviera sido mas ventajoso encomendar la extension de los Decretos, que derivando de los antiguos Canones, con-

(1) Reiffenstuel *in Proœmio Decretal. num.* 61.

(2) Vid. Card. de Luc. *de Judiciis, disc.* 35. *à n.* 57.

conciernen al Fuero exterior, y reformacion de costumbres, à uno de los Sabios en la ciencia legal, de los que assistieron al Concilio, de quien no pudiendo dudarse haver penetrado la intencion de los PP. extenderia dichos Decretos en un estilo acomodado al uso, y práctica del Fuero, y menos sujeto à las ambiguedades, que despues se encontraron. A lo menos, este es el pensamiento del Cardenal de Luca (1). El S. P. Pio IV. despues de algunos meses de confirmado el Concilio, erigiò una Congregacion de algunos Cardenales con el encargo, no de interpretar sus Decretos, sino de velar sobre su execucion, y cumplimiento. No obstante, no pudo escusarse esta S. Congregacion de hacer sus interpretaciones, que debieron recibirse sin riesgo de ser las mas genuinas de la mente del Concilio, cuyos Interpretes eran entonces los mismos, que havian asistido à sus decisiones.

El S. Pontifice Sixto V. año de mil quinientos ochenta y siete, cuidadoso de un pronto expediente en los negocios de la Curia Romana, erigiò varias Congregaciones, y entre ellas tambien confirmò la del Concilio de Trento, con facultades sobre su interpretacion en lo concerniente à los Decretos pertenecientes à reformacion, y otras cosas indiferentes, reservando para sì, y sus successores la declaracion de aquellos Decretos, que incluyen dogmas de Fè.

Cons-

(1) Card. de Luc. *in annot. ad Concil. Trident. disc.* 1.

Constituida con esta autoridad la S. Congregacion, todas las dudas que sobrevenian en la observancia de los Decretos del Concilio de Trento, se proponian, y resolvian en ella: y sus respuestas se veneraban, y se veneran con toda la atencion, que corresponde à quien las autoriza. Debiendo estas respuestas crecer tanto como las dudas, que de todo el Orbe Christiano se conducian à aquel Tribunal, no se necessita mucho tiempo para poder hacer un gran volumen de Declaraciones de la S. Congregacion. Y como estas sean breves, compendiosas, y adaptadas à las circunstancias en que se pidieron, abstrahidas de su caso, embuelven frequentemente una obscuridad, que hace dificultosa su inteligencia. Se aplicaron algunos DD. à hacer Colecciones de estas respuestas, lo que entre el alivio, que subsidiaba à los Jueces de poder saber tan à poca costa la mente de la S. C. causaba no poco embarazo, no solo en la aplicacion, sino tambien en la dissonancia, que se percibia entre las Declaraciones mismas; y añadia no poca dificultad el que muchas de estas Declaraciones eran apocrifas, y fuera de la intencion de la S. C.

Incertidumbre de las Declaraciones de la S. Congregacion.

Este desorden tuvo su remedio en el año de mil seiscientos treinta y uno, en que la S. C. con especial mandato de Urbano VIII. declarò no tuviessen autoridad en Juicio, ni fuera de èl, qualesquier Declaraciones manuscritas, ò impressas con nombre de la S. C. sino aquellas que se produjessen en forma autentica con el sello, y subscripcion del Eminentissimo Car-

denal Prefecto, y Secretario de la misma Congregacion. Y aunque esta providencia impone necessidad à los litigantes, que alegan semejantes Declaraciones, de acudir à Roma para traherlas en forma autentica, es mas tolerable, que disputar eternamente sobre su autenticidad, concordia, è inteligencia. Ojalà se guardasse esta providencia à la letra! de este modo poco havia que cuidar de Colecciones de este genero; pero como parece temerario arguir à los Colectores de falsedad en las que tuvieron el trabajo de recoger, se hace comunmente tanto caso de ellas, como si estuviessen en forma autentica, con lo que se dà mucho lugar al arbitrio de los Jueces, fallando *unos pro*, *otros contra*, eternizando pleytos, è instancias: no creyendose unos culpables en observar literalmente el Decreto del año de mil seiscientos treinta y uno; y haciendo otros escrupulo à su conciencia en desechar como apocrifas unas Declaraciones, que los DD. han procurado imprimir con sus Obras; cuyo escrupulo comunmente los mismos DD. protegen (1).

Añadamos à esto, que la prohibicion hecha à los DD. particulares de hacer glossas à los Decretos del Concilio de Trento, no se extiende à la interpretacion de la S. C. de Cardenales; con lo que la pluma, que no puede exercerse sobre el texto, lo hace, acaso con ma-

(1) Ut Reiffenstuel, *& alii apud eum in Proœmio Decretal. num.* 128.

mayor daño, sobre la interpretacion, que en razon de obligar tiene poco menos eficácia, que el texto mismo, y entera fuerza de ley: (1) nada menos, que la tenian las respuestas de los Jurisconsultos antiguos autorizados para responder sobre el Derecho Romano.

Reglas de la Cancelarìa Apostolica.

Las Reglas de la Cancelarìa Apostolica, que todos los Pontifices renuevan en el ingresso de su Pontificado, constituyen otro pequeño cuerpo de Derecho: y aunque sobre su obligacion disputan variamente los DD. afirmando unos, y negando otros constituìr Derecho universal: distinguiendo algunos entre Fuero exterior, y el de la conciencia; y haciendo distincion otros entre las reglas dadas à la misma Cancelarìa, y entre las reglas generales (2); vemos, que en práctica se alegan, y observan dichas reglas con no menos peso de autoridad, que lo restante del Derecho Canonico.

DISCURSO IV.

COMPENDIO HISTORICO del Derecho Español.

COmo para la inteligencia del Derecho Español es necessario el conocimiento del Derecho Romano, y Canonico, tambien fuè preciso precediesse su Historia. Nuestro Derecho

(1) Barbosa *de Jure Ecclesiast. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 81.

(2) D. Gonzalez Tellez *in Apparatu de Origine, & progres. Juris Canon. num.* 57.

cho nacional, que es el principal assunto de esta Obra, pide una Historia mas particular, que vamos à referir, corriendo sucintamente las epocas de sus mayores reboluciones, en que seguirè el orden de la mas exacta chronologia.

Poblacion de España.

Olvidando fabulas, è inverosimilitudes de la poblacion de nuestra Peninsula, se hace conforme à la razon, que la España (cuyo nombre indica Region Ocidental) se huviesse poblado del mismo modo que los otros Cantones del mundo. Divididos los hombres en las llanuras de Sennar despues de la fabrica de la Torre de Babél (1), cada familia fuè ocupando los parages que le parecieron mas comodos para su establecimiento, y en donde la naturaleza se mostraba mas franca en tributar las delicias de la vida. La multiplicacion de familias pedia poblacion de nuevas tierras, no pudiendo un mismo terreno ser suficiente à todas.

Poblado el mundo de habitadores, no se contentaron los hombres con qualquier habitacion, sino que aspirando à mayores comodidades, disputaban las Naciones entre sì la possesion de los territorios mas fecundos, y deliciosos, despojandose mutuamente unas à otras de los que una vez havian ocupado. Desamparando las menos poderosas el terreno, por no poder resistir à fuerza mayor, se echaban sobre otras mas endebles; y asi corria el mundo con reciprocas guerras de Nacion à Na-

(1) Genesis cap. 11.

Nacion, en que aquellas, que se havian criado bajo un mas duro clima, y con mayor austeridad, eran frequentemente las que adquirian mas victorias, por su mayor robustéz, y costumbre al trabajo, que suele siempre andar junto con los vencimientos. La comodidad de vivir mas à gusto no era siempre la que encendia el fuego de la guerra, teniendo en ella mucha parte el ardiente deseo en los hombres de la dominacion, y del heroysmo, para suplir la condicion mortal de nuestra naturaleza; no conociendose entonces otro emplèo de memoria inmortal, que el de Conquistador.

Es natural, que antes de la poblacion de España yà estuviessen pobladas las tierras circunvecinas, que llenas de habitadores se iban desahogando en esta Region: por lo que podemos sin temeridad afirmar, que por un lado de la Galia (que hoy llamamos Francia), y por otra parte del Africa, vinieron sus habitadores con nombre de Celtas, ò Ligurianos, Turdulos, &c.

Sencillèz, y reposo de los antiguos Españoles.

En un Paìs bastante ameno, y por su situacion (que se creìa la mas remota del mundo), è ignorancia de la navegacion, poco expuesto à las incursiones de otras Naciones, es consiguiente se viviesse con suma sencillèz, y con unas leyes muy conformes à los dictamenes de la razon, floreciendo la abundancia, reposo, tranquilidad, y justicia: por esso acaso fuè la España en opinion de los antiguos Gentiles la habitacion de las Manes, ò almas feli-

lices, ò Campos Eliseos.

Turbacion de la España por sus muchas riquezas.

La fama de las riquezas de España turbò todo su reposo, y causò sus mayores desgracias: sus thesoros eran tan grandes, que apenas se puede decir haya, ò huviesse en la America parage mas abundante en minas de oro, y plata. Y siendo estraño à esta Obra hacer una descripcion mas particular, baste referir lo que assegura Aristoteles, que en el primer viage que hicieron los Phenicios à Tartesa, en trueque de aceyte, y otras mercadurìas de poco precio, que condujeron à la España, se llevaron tanta cantidad de oro, y plata, que no pudiendo suportarlo sus Navios, fundieron de este metal las ancoras, y mas utensilios para servicio; y comunmente se creìa, que la España solo tenìa de tierra la superficie, y el interior de aquellos metales.

Colonias de Phenicios en España.

Los Phenicios, grandes navegadores, y Comerciantes, fueron los primeros que descubrieron sus riquezas, quienes formaron en ella Establecimientos para su comercio. Los Cartagineses, Colonia de Phenicios, tuvieron mas comodidad para formar mayores poblaciones, por su mayor proximidad, promediando solo el Mediterraneo: y aun en este tiempo era tanta la abundancia de oro, y plata, y tanta la sencillèz de los Españoles, que sus mas comunes muebles eran de este metal. En las guerras, que se encendieron entre Roma, y Cartago, fuè la España su mayor Teatro, de cuya possession pendia el vencimiento entre las dos mas formidables Repúblicas del mundo.

do. Venciò el ultimo Roma: Cartago quedò assolada; y la España, no pudiendo sacudir el yugo Romano, y poco à poco, aunque costosamente vencida, fuè enteramente incorporada al Romano Imperio en tiempo de Octaviano Augusto: y dando el vencedor la ley al vencido, claro es, que la España debiò observar las Leyes de los Romanos, sus Conquistadores; à cuya mayor grandeza, y ostentacion, no solo concurriò con sus ricas Provincias, valor, esfuerzo, y genios sublimes de sus habitadores, sino tambien con tres esclarecidos Principes Trajano, Adriano, y Theodosio, que no menos en la legislacion, que en las prendas de Emperadores grandes, dieron mucho honor al Imperio.

España Provincia Romana.

Como no hay en esta vida cosa estable, el Imperio Romano, despues de haver tocado el punto de su mayor grandeza, principiò declinar à su ruina. Poco mas de quatrocientos años despues del Nacimiento de Jesu-Christo, diferentes Naciones del Norte, yà antes formidables à los Romanos, se descolgaron por diversos parages de este Imperio, llevandolo todo barbaramente à sangre, y fuego, buscando Establecimientos de mas benigno clima, que el propio que desamparaban.

Destruccion del Imperio Romano.

Los Vandalos, Alanos, y Suevos, parte de estas barbaras Naciones, haviendo ocupado porcion de la Galia, hoy Francia, no tuvieron mucho tiempo para su reposo, porque haviendo sobrevenido otra Nacion igualmente barbara, pero aun mas feroz, y poderosa, de Gothos (ò

Naciones Barbaras en España.

mas propiamente Viso-Gothos, ò Gothos Occidentales, à diferencia de los mas Orientales, que se llamaron Ostro-Gothos), temerosos los primeros, desampararon la Galia, y se vinieron à ocupar la España: los Alanos se establecieron en Cataluña: los Vandalos en la Betica, à quien dieron el nombre de Vandalusia, que aun hoy permanece, con poca diferencia, quitada la primer letra, Andalucìa: los Suevos en Galicia.

Dominacion de los Godos.

La Nacion Gothica, capitaneada de Athaulpho, pariente, y sucessor del famoso Alarico, Conquistador de Roma, despues de haver vencido los Francos, y Borgoñones, se estableciò en la Francia, de la que ocupaba algunas Provincias. Puso su Capital en Narbona; y extendiendo su dominacion del lado de España, consiguieron sus valerosos Reyes, sucessores del ilustre Athaulpho, hacerse dueños, no solo de lo que en ella havia quedado à los Romanos, sino tambien desechar los Alanos, Vandalos, y Suevos, fundando en España la gloriosa Monarquìa, que hoy, despues de tantas reboluciones, subsiste, haviendo principiado en la Era de quatrocientos cinquenta y dos, ò en el año de quatrocientos y catorce de la Era vulgar, y tenido ochenta y seis Reyes (1).

En

(1) Sobre el nombre de Era, y su principio, aunque hay variedad entre los DD. queriendo unos principie desde la muerte de Julio Cesar: otros del Triunvirato de Augusto, Antonio, y Lepido: otros de la victoria de Ancio, en que Marco Antonio fuè vencido; todos convienen en que precede la Era vulgar, de que hoy usamos, treinta y ocho

En tiempo de tantas turbaciones claro es, que imitando los Pueblos la conducta de sus Soberanos, no reconocian otra ley, que el poder, y fuerza con que cada uno se encontraba; y los que por la bondad de su caracter se querian ceñir à lo justo, reglaban su justicia con los dictamenes de la razon, y buen sentido.

Leyes de España en estas reboluciones.

Despues que el Trono de los Godos se asegurò en un pie mas firme, y que connaturalizados los Españoles con esta estrangera Nacion, se principiò à vèr la tranquilidad pública, se considerò preciso para conservar la paz in-

ocho años. Los Españoles antiguamente contaban sus años desde la Era del Cesar; este modo de contar se observò hasta el tiempo del Rey Don Juan I. quien en el año de mil trescientos ochenta y tres mandò se computassen los años desde el Nacimiento de nuestro Señor Jesu-Christo, lo que se observò desde entonces. Y aunque se acostumbrò comenzar el año desde veinte y cinco de Diciembre, dia en que celebra la Iglesia el Nacimiento, facilmente se dejò este computo, conformandose con el año Juliano, que principia en primero de Enero. Y asi, quando en las cosas antiguas de España hallamos la computacion de los años por Eras, si queremos reducirlos à los de Jesu-Christo, no hay mas que quitar treinta y ocho años, y queda la Era vulgar. Por lo que el año de mil setecientos y sesenta del Nacimiento del Señor, segun la corriente computacion, en que esto se escribe, es el año de mil setecientos noventa y ocho de la Era antigua de España. Esta noticia, aunque comun, es necessaria para la inteligencia Chronologica de las Leyes, Concilios, è Historia de España; y para evitar confusion usarè comunmente de la Era vulgar.

interior de los Eſtados el eſtablecimiento de Leyes. Eſtas ſe arreglaron à la razon, y coſtumbres antiguos del Pais.

Euricio primer Legislador entre los Reyes Godos.

La Hiſtoria (1) dà la gloria de primer Legiſlador entre los Godos à Eurico, que reynò cerca de los años del Señor de quatrocientos ſeſenta y ſeis, y ſe cuenta por el ſeptimo Rey Godo, equivocandoſe Baronio en poner por primer Legislador à Theodorico anteceſſor de Eurico, y no equivocandoſe menos otros en atribuir la miſma gloria à Alarico, hijo, y ſuceſſor de Evarico; sì bien es cierto, que Alarico añadiò varias Leyes à las promulgadas por ſu padre (1).

Leovigildo.

Leovigildo, que reynò cerca de los años de quinientos ſeſenta y ocho, no ſolo diò el mayor luſtre à ſu Monarquia, deſtruyendo enteramente la dominacion de los Suevos en Galicia, que havia durado ciento ſetenta y cinco años con larga ſérie de Reyes, principiando en Hermenerico, año de quatrocientos y nueve, y acabando en el uſurpador Andeca, año de quinientos ochenta y tres, y echando à los Romanos de las conquiſtas, que havian podido impedir Agila, y Atanagildo ſus anteceſſores, ocupados en vivas guerras con Clodoveo, Rey de Francia; ſino tambien por el cuidado en la legislacion, corrigiendo con mucha vigilancia las Leyes antiguas, quitando

(1) Rodericus Ximenez, Archiep. Tolet. *de Rebus geſtis in Hiſpan. lib.* 2. *cap.* 10. Saavedra, *Chronolog. Goth. c.* 8.

(1) Saavedra, *dict. cap.* 8. *Chronol. Gothic.*

do algunas superfluas, y promulgando de nuevo las que le parecieron necessarias. Digno Rey por sus empleos civiles, y militares de ser entre los Godos el primero que usò de Trono, y vestidura Real. La infeccion Arriana, que fuè comun en sus antecessores, le hizo cometer muchas crueldades, de que le nota la Historia. Pero felizmente la Secta Arriana acabò en España con su muerte; que fuè en Toledo, año de quinientos ochenta y cinco: yá extinguida en Galicia desde el tiempo de Theodomiro, Rey Suevo, que reynò desde el año de quinientos cinquenta y nueve.

Secta Arriana en España, y su fin.

Algunos afsientan haver Leovigildo muerto penitente en la confesion de la Fè Catholica. A lo menos el haver encomendado à su hijo, y sucessor Recaredo siguiesse en todo los consejos de San Leandro, y San Fulgencio, demostrò buenas disposiciones. La doctrina, y oraciones de tan Santos Maestros produjeron en Recaredo la solemne abjuracion del Arrianismo, y profesion de la Fè Catholica, y decisiones de los quatro Concilios Niceno, Constantinopolitano, Ephesino I. y Calcedonense, que hizo en el Concilio III. de Toledo, celebrado en el año de quinientos ochenta y nueve: profesion, de que despues no se apartaron sus sucessores, y siguieron constantemente los Españoles.

Recaredo.

El Codigo de Leovigildo se observò como cuerpo del Derecho Español; à que se añadian las Leyes nuevas, que segun las circunstancias de los tiempos se promulgaban. El Reyno

Sisebuto. no de Sisebuto en los años de seiscientos y doce se hace notable por una Ley (1), que promulgò este Principe, por la que ordenò, con pena, entre otras, de destierro, y confiscacion de bienes, que todos los Judios, que habitaban en España, se bautizassen. Con el terror de esta Ley corriò mucho numero de Judios à las aguas del Bautismo: y haviendose reconocido la poca sinceridad de esta conversion, en el Concilio Toletano IV. celebrado en tiempo de Sisenando, año de seiscientos treinta y tres, se abrogò, estableciendo, que en lo venidero à ninguno se hiciesse fuerza à recibir la Santa Fè (2).

La Historia afirma haver sido esta Ley hecha à solicitacion del Emperador Heraclio, grande Astrologo, y demasiado credulo en vaticinios astrologicos, por los que llegò à conjeturar, que el Imperio Romano seria destruido por gentes circuncisas; y con este temor solicitaba à los Reyes, y lo hizo tambien con Dagoberto, Rey de Francia (3), à la expulsion de los Judios de sus dominios, de quienes presumia eran los circuncisos de aquel funesto presagio. Al ultimo se cumpliò, no por los Judios, que no se hallaban, ni hallaràn yà en estado de conquistar Imperios, sino por los Sarracenos, gente que observa la circuncision.

Creo

(1) *Leg.* 3. *tit.* 3. *lib.* 12. *Legum Visogoth.*

(2) *Refertur in cap. de Judæis, dist.* 45. *& in cap. Majores, §. Verum, de Baptismo, & ejus effectu.*

(3) Baronius *anno* 614.

Creo con San Isidoro, que no los sueños de Heraclio, sino el zelo christiano, aunque indiscreto de Sisebuto, fuè el que le moviò à la promulgacion de aquella Ley (1).

Fuero Juzgo.

Las Leyes añadidas por los sucessores de Leovigildo yà pedian una Coleccion mas metodica: esta se hizo dividida en doce Libros con sus titulos, à imitacion del Codigo de Justiniano. Esta Coleccion se hizo en tiempo del Rey Sisenando en el IV. Concilio Toletano en la Era de seiscientos treinta y tres, y se le diò el nombre de *Forus Judicum*, que traducido en idioma vulgar, se llamò, y aun se llama, *Fuero Juzgo*, que suena lo mismo, aunque corrupta su voz.

Concilio IV. Toletano el grande, ò universal.

Este Concilio IV. Toletano fuè muy célebre: en èl presidiò San Isidoro, Arzobispo de Sevilla, y asistieron sesenta y dos Obispos, y el Rey Sisenando con muchos Señores de su Corte. En èl se tratò tambien, y se proveyò en quanto à la seguridad de la Persona Real en el Trono de los Godos, que fuè el assunto del Canon setenta y cinco, y ultimo de dicho Concilio, encargando severamente la religion del juramento de fidelidad hecho al Principe. A este Concilio se le diò el nombre de Grande, y Universal: y en los siguientes Concilios siempre fuè punto capital la sucesion de la Monarquia Española, para assegurarla en la no-

(1) *Sisebutus in initio regni sui Judæos ad Fidem Christianam movens, æmulationem quidem Dei habuit, sed non secundum scientiam.* B. Isidorus, *Chronolog. Goth. Era* 651.

noble ſangre de los Godos.

Varias Colecciones de Leyes Gothicas.

Las repetidas Colecciones de Leyes, que en eſte miſmo ſiglo ſe hicieron, denotan bien el deſorden público, que daba tanto que hacer à los Legisladores. Se halla, pues, haverſe hecho otra Coleccion en tiempo de Recenſvindo, año de ſeiſcientos cinquenta y cinco, en el VIII. Concilio Toletano: otra en tiempo de Ervigio, año de ſeiſcientos ochenta y uno, en el Concilio Toletano XII. y finalmente otra, que ſe cree haver ſido en tiempo de Egica, año de ſeiſcientos noventa y tres, en el Concilio Toletano XVI.

Entrada de los Moros en Eſpaña.

El fatal accidente que ſobrevino à nueſtra Eſpaña el año de ſetecientos y once (y de que no ſe hà aùn enteramente recuperado), hizo inutiles las Colecciones de Leyes de los Viſogotos. El Conde Don Julian, traydor à ſu Patria, infiel á la Religion, y à ſu Rey, en venganza de un ultrage hecho por el Rey Don Rodrigo en ſu hija Caba, entregò la Eſpaña à los Moros de Africa. Atonitos los Eſpañoles con tan inopinada entrada, deſpues de haver guerreado con el extremo valor, no tanto vencidos, como oprimidos de la multitud, ſe refugiaron en las montañas de Galicia, Aſturias, Vizcaya, Montes Pyrineos, y otros parages, por ſu ſituacion no facilmente penetrables à los Infieles.

No quiſo D. Rodrigo ſobrevivir à ſu deſgracia, y à tan funeſto cataſtrophe de todo el Reyno, y ſe cree haver muerto valeroſamente peleando, y animando à los ſuyos; sì bien que

que ni vivo, ni muerto pareciò jamàs, ni ha quedado en la Historia otra probable noticia, que un epitaphio latino, que se hallò muchos años despues junto à Viseo en Portugal, que indica su sepultura, y la causa de la perdicion de España.

Recuperados algun tanto los Españoles del pavor, y susto, ocasionado de tan repentina conquista, y reducidos à tanta estrechez, no pensaban en otras leyes mas que en la natural de extenderse, y sacudir el tyranico yugo de los Moros.

Don Pelayo, de sangre Real de los Godos, electo Caudillo de los Christianos, aunque temeroso al principio, animado con la gente que cada dia se le unia, y con los buenos sucessos de sus primeros ensayos con los Moros, saliendo de lo mas fragoso de las Asturias, conquistò à fuerza de armas la Ciudad de Leon: y no dudando del esfuerzo, y fidelidad de los Españoles mayores progressos, tomò en el año de setecientos y diez y ocho el titulo de Rey de Leon, substituyendo este corto recinto à las dilatadas Provincias de sus antecessores, que se estendian, no solo à lo que llamamos España, incluso Portugal, sino tambien allà de los Pyrineos, y aun à parte de la Mauritania en el Africa.

Reynado de Don Pelayo.

Los sucessores de Pelayo emplearon todo su esfuerzo en la extension de esta nueva Monarquia, aunque no todos son acreedores à iguales alabanzas.

Sucessores de Don Pelayo, y expulsion de los Moros de España.

Los varios acontecimientos que refiere la His-

Historia, han dividido la España en muchos, y pequeños Reynos, lo que hizo retardar su recuperacion; porque divididas las fuerzas, y empleadas en venganzas particulares, debilitandose entre sì los miembros, se incapacitaban para invadir, y resistir al enemigo comun: haciendo lugar à una dilatada mansion de los Moros en España, que permaneciò muy cerca de ochocientos años; es à saber, desde el año de setecientos y once, segun la mas exacta Chronologia, hasta el de mil quatrocientos noventa y dos, en que los Catholicos Reyes Don Fernando, y Doña Isabèl los desecharon de Granada, su ultimo asylo. El haverse los Moros tambien de su parte dividido en Dinastias, ò pequeños Principados, contribuyò no poco à su entera expulsion. Como la série de los lances acaecidos en estos ocho siglos, no es nuestro assunto, solo se tocaràn en quanto conduzcan al tegido de la Historia legal.

Renovacion de Leyes por Don Bermudo II.

Hasta el tiempo de Don Bermudo II. nombrado el Gotoso, que reynò por los años de novecientos ochenta y dos, no se halla se huviesse hablado de Leyes. Y es muy creible, atentas las circunstancias de aquellos calamitosos siglos, que el mas poderoso impusiesse la Ley, segun su voluntad, al mas endeble. Fuè, pues, Don Bermudo el Gotoso el primer Rey de la nueva Monarquia, que haya pensado mas seriamente en dár Leyes à sus Vassallos, lo que hizo, confirmando las de los Godos, y mandando estrechamente ob-

obſervar los Canones de los Concilios Toletanos.

Eſtas diſpoſiciones parecia reſpiraban à introducir en Eſpaña la policìa, que havian deſterrado las armas de los Moros; pero impenſadamente ſe viò acometida de otro ſegundo accidente, que la redujo quaſi al eſtado en que la dejò Don Rodrigo. Almanzor, el mas valeroſo Moro de quantos huvo en Eſpaña, tomando ſu tiempo con la deſunion de Leoneſes, Gallegos, Caſtellanos, y Navarros, corriendo todas las Provincias, que havian recobrado los Chriſtianos, aſſolò ſu Capital, profanò ſus Igleſias, y ſaqueò ſus Pueblos, con muerte, y cautividad de infinito numero. Pero quiſo Dios, que, reconociendo los Eſpañoles el eſtado à que los reducian ſus domeſticas diſſenſiones, ſe unieſſen contra el Enemigo comun, à quien enteramente desbarataron. (Nuevo cathaſtrophe en Eſpaña.)

En eſte eſtado dejò D. Bermudo el II. el Trono à Don Alonſo el V. en cuyo tiempo, aunque las diſſenſiones de Caſtilla cauſaron no pocas deſgracias à los Chriſtianos, ſe rehicieron prontamente de ſus pérdidas. Reedificò Don Alonſo la Ciudad de Leon, que havia deſtruìdo Almanzor; y juntando en la Era de mil quarenta y uno, ò en el año del Señor de mil y tres el Reyno en Cortes en Oviedo, entre otras coſas conducentes à la ſeguridad pública, que alli ſe trataron, confirmò las Leyes de los Godos, corrigiendo algunas, y añadiendo otras, ſegun las circunſtancias de los tiempos lo pedian. (Inſtauracion de las Leyes por Don Alonſo el V.)

Don Fernando el Santo.

En mas de doscientos años siguientes, aunque se promulgaron algunas saludables Leyes, no se encuentra haver hecho Coleccion alguna. El Santo Rey Don Fernando el III. que uniò en sus sienes las dos Coronas de Castilla, y Leon, para perpetuarlas en sus successores, entre otros cuidados, con que hizo feliz su gobierno, no fuè menos el de proveer à sus Pueblos de saludables Leyes: cuidado de tanto mas monta, quanto mas dificultoso conservar en paz, y tranquilidad tan dilatados Dominios, sin este saludable freno. En sus dias se diò principio à la famosa Obra de las siete Partidas (1); pero prevenido con la muerte, que acaeciò en el año de mil doscientos cinquenta y dos, dejò con el Reyno este encargo à su hijo, y successor Don Alonso el X (2), y la gloria del mejor Legislador de quantos huvo en España, lo que contribuyò no poco al renombre de Sabio, que le dàn los Annales.

Legislacion de Don Alonso el Sabio.

Fuero Real.

Gobernabanse los Pueblos por varias costum-

(1) D. Molin. *de Hisp. primogen. lib. 3. cap. 7. num. fin.*

(2) En las Leyes de las siete Partidas se llama D. Alonso el IX. porque no se tomò en cuenta à Don Alonso, hijo de Don Sancho el II. por no haver èste reynado en Leon, y Galicia, y solo lo hizo en Castilla. Y asi, segun la computacion de los Reyes de Leon, Don Alonso el Sabio es el IX. aunque la Historia lo pone por X. contando à dicho Don Alonso de Castilla. Vide Fariam ad D. Covarrubiam *Practicarum, cap. 1. num. 78.* advirtiendo, que con equivocacion puso este Autor à Don Alonso por hijo de Don Fernando, debiendo decir de Don Sancho.

tumbres, cuya observancia atendian como privilegios de sus mayores, que anteponian à las Leyes de los Godos. Le pareciò à Don Alonso (cuya penetracion no era menos en la legislativa, que en todo otro genero de literatura) conveniente hacer una Coleccion de estas costumbres, que yà nada menos servian à los Pueblos, que como Leyes, para que recibiessen escritas, y con la Real aprobacion mayor grado de autoridad, y certeza, que la que tenian por el comun consentimiento del Pueblo. Esta Coleccion, dividida en quatro Libros, se llamò Fuero Real, cuyas Leyes luego necessitaron interprete. Y para su declaracion se promulgaron despues otras con nombre de Leyes del Estilo, segun consta de su inscripcion, y principio, que dice: *Aqui comienzan las Leyes del Estilo: por otra manera se llaman Declaracion de las Leyes del Fuero* (1). (Y ojalà se huviera siempre observado, que la declaracion de Ley viniesse de mano del Soberano, sin exponerla al arbitrio de los hombres!) En què tiempo, ò en què reynado se hayan promulgado las Leyes del Estilo, no consta: y parece cierto deber atribuirse à diferentes Principes, y en diversos tiempos (2).

Leyes del Estilo.

Conociò bien el Sabio Don Alonso, que las Le-

(1) Observò Paz 2. *p. rubric. ad Leges Styli*, *à n.* 18. que no todas estas Leyes son precisamente declaratorias, haviendo algunas correctorias, y otras inductivas de nuevo Derecho.

(2) Paz 1. *p. rubric. ad Leges Styli*, *num.* 72.

Leyes de las siete Partidas.

Leyes del Fuero no constituìan un cuerpo de Derecho suficiente para la entera administracion de justicia; y cumpliendo con el encargo del Santo Rey su padre, hizo poner en perfeccion las Leyes de las siete Partidas (1), en que trabajaron hombres muy literatos, y muy versados en el Derecho Romano, y Canonico, como se reconoce por sus Leyes, que son en todo conformes à aquellos Derechos, en quanto lo pide la razon natural, y el buen sentido. Llamase esta Obra de las Siete Partidas, por estàr dividida en siete partes, y cada parte comprehende varios titulos.

El numero de siete no fuè casual en esta Coleccion, sino muy de proposito buscado, como el mas perfecto, segun se pondera en su Prefacion, en que se señalan razones, y congruencias de todas classes, como la del movimiento, que puede girar à siete partes, arriba, abajo, adelante, atràs, à diestro, à siniestro, y al rededor. Y segun la perfeccion de este numero se exalta, no parece haya sido tampo-

(1) Paz *à la ley* 43. *del Estilo, num.* 90. sin fundamento alguno se atreviò, no solo assegurar, que las Leyes de las Partidas fueron anteriores à las Leyes del Fuero, sino tambien à culpar de alucinacion al señor Gregorio Lopez, por haver seguido la tradicion comun, que pone por anteriores las Leyes del Fuero. Pero verosimilmente este Escritor no tuvo presente el Prologo de las Leyes del Ordenamiento Real, en que claramente se dà la anterioridad de tiempo à las Leyes del Fuero; y nunca debiera, aun con grave motivo, notar de alucinado à un Escritor tan clasico, y recomendable.

poco casualidad el haverse empleado en esta Obra siete años completos. Yá hemos dicho en la Historia del Derecho Canonico, que Bonifacio VIII. para dár à su Coleccion de Decretales el nombre de Sexto, hallò entre otras congruencias la perfeccion de este numero; con lo que parece, que en aquellos tiempos se atribuìa al numero una graduacion, de que hoy tan poco caso se hace. Pero de hecho nuestro Legislador tiene en abono de su numero septenario todos los sufragios, que se puedan desear (1). Por mas perfecta que haya salido esta Obra, no ha dejado de tener sus estorvos, que impidieron su publicacion en forma solemne, y capáz de poder obligar à los subditos à su recepcion. Pero los pleytos se multiplicaban, sin que su decision, en mucha parte de ellos, se encontrasse en las Leyes hasta entonces publicadas.

El Rey Don Alonso el XI. en todo atento al bien de su Reyno, dispuso en Alcalá cierto volumen de Leyes, à que diò nombre de Ordenamiento Real: y conociendo, que el motivo de la multiplicacion de los pleytos era el defecto de Leyes, por la variacion de los casos, à lo que no alcanzaban las hasta entonces promulgadas, y que las Leyes de las Siete Partidas contenian doctrina mas universal; despues de haver dado orden para corregirlas, y concertarlas en lo que juzgò preciso, mandò en el año de mil trescientos quarenta y ocho ha- Ordenamiento Real, que también se llamada Alcalá

(1) Vide D. Gregor. Lop. *in Præfation. Legis Partitar.*

hacer de ellas solemne publicacion, para que fuessen recibidas por tales Leyes, dando tambien orden conveniente sobre la observancia de las Leyes hasta entonces promulgadas (1).

Leyes nuevas, y proyectos de una nueva Coleccion.

Todos estas sabias providencias no fueron suficientes para atajar los pleytos, y abreviar sus decisiones. A cada passo se mostraba la necessidad de nuevas Leyes, para proveer à los casos, que las circunstancias del tiempo hacian nacer. Las Juntas de Reyno en Cortes eran frequentes, y en ellas yá se promulgaban nuevas Leyes, yà se corregian, y derogaban las antiguas. Estas nuevas disposiciones llegaron à llenar diversos volumenes, esparcidas sin orden, ni metodo, ocupando un mismo lugar las subsistentes, y las revocadas, las que se observaban, y las que no tenian uso, y muchas entre sì contrarias, y dissonantes. Esto diò motivo al Reyno, junto en Cortes en Madrid, año de mil quatrocientos treinta y tres, à suplicar al Rey Don Juan el II. el que dichas Leyes se pusiessen con el debido orden en un solo volumen, quitando las superfluas, y dejando las utiles, lo que assi se acordò; pero no se halla, que huviesse tenido efecto. En el Reynado de Don Henrique el IV. y Cortes celebradas en dicha Villa de Madrid, año de mil quatrocientos cinquenta y ocho, se insis-

(1) Se halla la ley del Rey Don Alonso en el Ordenamiento Real, *lib.* 1. *tit.* 4. *ley* 4. Y se insertò en Ley primera de Toro, recopilada en la 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Nueva Recopilacion.*

sistiò sobre lo mismo; y aunque se confirmò el antecedente Acuerdo, los movimientos, que sobrevinieron en el Reyno, estorvaron este buen deseo, que pedia tiempo mas pacifico.

Esta Obra estaba reservada para los felices tiempos de los Reyes Catholicos D. Fernando el V. y Doña Isabèl: Reynado, que principiò en el año de mil quatrocientos setenta y quatro, el que se debe reputar el mas glorioso de quantos tuvo hasta entonces, despues de su ruina, la Monarquìa Española, que pudiendo apenas antes sostenerse à sì misma, principiò à hacerse à sus vecinos formidable. El matrimonio de estos dos Principes desde luego uniò las dos Coronas de Castilla, y Aragon. El Reyno de Navarra hallò el punto de su fortuna en unirse al cuerpo, de donde las passadas desgracias le tenian separado. La dominacion de los Moros acantonados en Granada, no pudo resistir al esfuerzo de tan Catholicos Principes; y la España se viò libre de la sujecion de los Infieles, que en quasi ocho siglos no pudo sacudir. Fuera de España, no solo el Reyno de Napoles, y las Islas Canarias se le unieron, sino que en el propio año de la Conquista de Granada, que fuè el de mil quatrocientos noventa y dos, el Occeano manifestò passo à un nuevo Mundo, que pareciò por la Providencia destinado à tan Augustos Monarcas, quando otros Principes de la Europa no creyeron posible su existencia.

No parò la atencion de los Reyes Catholicos en acrecentar la dominacion Española; sa-

biendo muy bien, que es mayor gloria en los Reyes procurar, y mantener la tranquilidad interior, y felicidad de los subditos, que el conquistar nuevos Estados, teniendo comunmente en esto mas parte la casualidad, que la virtud. Las sabias providencias, que dispusieron, y bien ordenadas Leyes, que promulgaron, caracterizan su prudencia, sumo cuidado, y vigilancia en este punto.

Leyes de la Hermandad.

En su tiempo tuvieron principio las Leyes llamadas de la Hermandad: medio con que se libertaron los caminos públicos de ladrones, homicidiarios, y otras gentes de vida licenciosa, que en Paìs, despues de tantos años expuesto à continuas guerras, se havian introducido.

Fuera alejarme mucho de mi proposito, si huviera de referir todos los beneficios, que de tan concertadas providencias recibieron estos Reynos; pero no me permite la gratitud olvidar uno, respectivo al Reyno de Galicia, mi dulce, y amada Patria. Este fuè el establecimiento de una Real Audiencia en su recinto, con la que, y otros proporcionados medios, se viò este Reyno libre de las tyranìas, y violencias, que en èl impunemente se exercian. Para que este beneficio fuesse completo, añadiò nuestro glorioso Monarca, felizmente reynante, una Sala de Crimen, con la que, no solo los delinquentes oyen mas brevemente sentencia, y se satisface à la vindicta pública con el pronto castigo de los delitos; sino que tambien, desahogadas de estas causas las Salas

Civiles, se halla en ellas mas pronto expediente en la multitud de negocios, que en una tierra tan litigiosa, tanto mas diariamente vàn en aumento, quanto la incertidumbre legal todos los dias se hace mas tenebrosa.

Nuevo Ordenamiento Real.

Y remitiendome en lo mas que no toca à mi principal intento, à la Historia de estos Catholicos Principes, en este mismo Reynado hallaron su cumplimiento los deseos, que manifestò el Reyno en tiempo de Don Juan el II. y Don Henrique el IV. de que se redujessen à un ordenado volumen las Leyes, que andaban en varios, confusamente dispersas; lo que se hizo, subdividida esta Obra con nombre de Ordenamiento Real en ocho libros, quedando, no obstante, en su vigor las Partidas, y Fueros no derogados.

Esta Coleccion, aunque sin duda utilissima, y justamente entonces deseada, no encierra un cuerpo completo de Jurisprudencia. Pues aunque sea metodica en quanto à la disposicion de las Leyes por sus libros, y titulos, no contienen ciertos, y seguros principios, capaces de dár luz, para la decision de otros casos fuera de los literalmente expressados. Y como los casos, que dàn motivo à los pleytos estèn regularmente complicados con innumerables circunstancias, y sean susceptibles de varia aplicacion de Leyes, se hacen indecisibles sin seguros, y sólidos principios, cuya universalidad contenga los casos particulares.

Derecho Romano, y Canonico en España.

Sola la Jurisprudencia Romana era capàz de dár auxilio en esto; y yà hemos visto al ultimo

mo de su Historia el modo con que el Derecho Romano fuè recibido en la Europa como un Derecho Comun. Y la España (aunque con especial prohibicion desde el tiempo de los Godos, y aun segun antigua tradicion, con pena de muerte, al que alegasse Derecho Romano, segun en otra parte dirèmos) no fuè ahora menos ansiosa, aunque por via de dissimulacion, en enseñarlo, y practicarlo, que la Italia, en donde tuvo su cuna. Con mas superior motivo debiò ser recibido el Derecho Canonico; y con la admission de estos Derechos tuvieron igual acogida sus Interpretes, sin cuyo auxilio no podian ser bien entendidos.

De este modo nuestra Jurisprudencia vino à componerse de tres grandes cuerpos, Derecho Romano, Derecho Canonico, y Derecho Real; y hemos adaptado por DD. de la Ley todos los Intetpretes, que sobre estos tres grandes cuerpos escribieron.

Para explicar, pues, mejor cómo estos Derechos, y sus Interpretes se insinuaron en nuestras Leyes Reales, y Tribunales, se hace preciso, dejando la Historia legal en el siglo de los Catholicos Reyes Don Fernando, y Doña Isabèl en el estado à que la hemos llegado, hacer un compendio historial de la interpretacion primitiva del Derecho Romano, y Canonico: pues no podemos demostrar de otro modo las entradas, que estos dos Derechos hicieron en nuestras Leyes Reales hasta el tiempo de dichos Catholicos Monarcas, en don-

donde bolverémos à tomar el hilo de nuestra Historia, prosiguiendola hasta nuestros tiempos.

Historia de la interpretacion legal.

Despues del hallazgo de las Pandectas en Amalfi, en el año de mil ciento y treinta, y Edicto del Emperador Lotario, para que el Derecho Romano se enseñasse en las Escuelas, y practicasse en los Tribunales del Imperio, luego se manifestaron hombres de conocida aplicacion, y talentos, que no solo lo exponian de viva voz à sus discipulos, sino que, para que la muerte no interrumpiesse la continuacion de sus lecciones, y su doctrina fuesse habida en parages distantes, daban por escrito el fruto de sus desvelos. Igual aplicacion, y cuidado pusieron otros en el Derecho Canonico.

Guarnerio, ò Irnerio.

El primero que glossò el Derecho Romano fuè Guarnerio, ò Irnerio, que parece viviò por los años de mil ciento y cinquenta (1), à quien desde luego honraron las Escuelas con el glorioso epitheto de *Lucerna Juris*, como primer antorcha, que desterraba las tinieblas, y obscuridades, que este Derecho, leìdo solo en la letra textual, embolvia. Siguiòse, entre otros, Juan Basiano, que floreciò por los años de mil y doscientos, y mereciò llamarse *Speculum mundi*, Espejo del mundo. Es indecible la licencia, que en los tiempos siguientes se tomaron los Professores de Derecho en dár à la estampa sus lecciones, de que hablarémos mas

Basiano.

(1) Card. de Luc. *in annot.* | *ad disc.* 1. *de Servitutibus.*

mas comodamente en otro lugar, y por aho-ra, acomodandonos con el hilo de la Hiſto-ria, ſe harà ſolo expreſsion de algunos cele-brados DD. de quienes, aunque eſtrangeros, hacen nueſtras Leyes honorifica memoria; en-tre quienes Bartholo ſe ha levantado con el Principado de la Juriſprudencia Romana. Mu-riò en el año de mil treſcientos cinquenta y cinco, y ſus contemporaneos le dieron el nom-bre de *Princeps Legiſtarum*, *Doctor ſupremus*, *Cæcorum Dux*, *Veritatis Speculum*: Principe de los Legiſtas, Doctor Supremo, Guia, ò luz de los ciegos, Eſpejo de verdad. Vino deſ-pues Baldo, à quien culpan de adherirſe mas à ſu propio diſcurſo, que à la letra legal. Mu-riò en el año de mil quatrocientos veinte y tres, y le honraron ſus compañeros con el ti-tulo de *Juris Monarcha*, Monarca del Dere-cho. Eſte Principado, y eſta Monarquia de Bartholo, y Baldo era ſolo en el Derecho Ci-vil. Y en el Canonico la conſiguieron, con otros honorificos blaſones, Juan Andrès, que floreciò cerca del tiempo de Bartholo; y el Abad Panormitano, llamado aſsi por haver ſi-do Monge Benito, Abad Monacenſe, y Arzo-biſpo Panormitano; y muriò el año de mil quatrocientos cinquenta y uno. Parece que eſ-tos ſiglos eran los de glorioſos epithetos à los Literatos, principalmente con los Profeſſores de Derecho; pues à alguno llamaron *Vas electionis*. Y ſin duda ſu aplicacion, y deſvelo diò mucha luz à la Juriſprudencia, alivio à ſus Profeſſores, y ayuda à los Tribunales, y ſu me-

Bartholo.

Baldo.

Juan Andrès.

Abad Panormitano.

memoria debe ser venerada en los Annales de la Historia legal.

Era yà tanta la multitud de Interpretes, y vaga confusion de dictamenes en tiempo del Rey Don Juan el I. que justamente recelandose, que la variedad de interpretaciones causasse un desorden en los Tribunales, capáz de confundir, y eternizar los pleytos, promulgò en el año de mil trescientos ochenta y seis una Ley (1), por la que prohibe todo uso en los Tribunales de autoridad de DD. ò Interpretes de Derecho, à excepcion de Bartholo, y Juan Andrès. Permitida la alegacion de estos, era consiguiente el permisso de aquellos, à quienes, como anteriores, citaban estos dos insignes Escritores; (pues siempre fuè costumbre de nuestros DD. largas citaciones de unos à otros, lo que se suele reputar por la parte mas eminente de sus Obras) pero como la Ley no lo declaraba, daba lugar à formar sobre ello duda. Esto parece motivò la Ley, que el Rey Don Juan el II. año de mil quatrocientos y diez y siete publicò en la Ciudad de Toro (2). En cuya Ley, si es que concediò algun ensanche à la primera con la tacita permission de alegar los Escritores, que precedieron à Bartholo, y Juan Andrès; la formalidad de los terminos con que està concebida, y la severidad de las penas, que añade, hacen conocer bien la necessidad que havia de esta providencia.

Providencia del Rey Don Juan el I. contra la numerosidad de Interpretes.

Nueva providencia del Rey Don Juan el II.

(1) *Es la* 15. *tit.* 19. *lib.* 2. *del Ordenamiento Real.*

(2) *Es la* 6. *tit.* 4. *lib.* 1. *del Ordenamiento Real.*

cia. ,, Por dár (dice) breve fin à los pleytos...
,, mandamos, y ordenamos, que las Partes
,, litigantes, ò ſus Letrados, por eſcrito,
,, ò palabra, diſputando, ò en otra ma-
,, nera, no puedan alegar opinion, deter-
,, minacion, dicho, ni autoridad, ni gloſſa
,, de Doctor Canoniſta, ni Legiſta, de aque-
,, llos, que fueron deſpues de Bartholo, ò Juan
,, Andrès: ni de los Doctores, que de aqui
,, adelante fueren... y el Abogado, ò Procu-
,, rador que lo contrario hiciere, ſea priva-
,, do perpetuamente de ſu oficio. E aſsimiſmo
,, el Juez que lo conſintiere, y la Parte que lo
,, alegáre pierda la cauſa.

Conſideraron nueſtros prudentes Reyes, que las Leyes de Eſpaña no podian ſer ſuficientes, ſin auxilio de la Juriſprudencia Romana, y Canonica, para la deciſion de todos los pleytos: y que eſtos Derechos neceſsitaban ciertamente de Interprete; pero que igualmente les era nociva la multitud de interpretaciones, como neceſſarias algunas claras, y ſólidas: y aſsi eligieron un medio, que pareciò entonces proporcionado. Y ojalá ſe huvieſſe ſiempre vivido con precaucion contra el abuſo de las interpretaciones arbitrarias; pues no huviera llegado eſta Profeſsion al infelìz eſtado en que hoy la vemos!

Providencia noviſsima de los Reyes Catholicos Don Fernando, y Doña Iſabel.

Aunque eſtas Leyes graduaron la doctrina de eſtos dos Doctores, ſobre la de otros poſteriores, no difinieron claramente, ni el valor de ſu doctrina ſobre la de los Eſcritores mas antiguos, ni le comunicaron el grado de auto-

toridad en que deben ſer reſpetadas las Leyes ſoberanas; y fuera de eſto, los libros de eſtos dos ſolos Eſcritores no podian contener toda la doctrina neceſſaria para la deciſion de tanta diverſidad de caſos, y tan variamente complicados, como ſon los que motivan los pleytos. Eſtos eran unos inconvenientes, que pedian ſeguro remedio. Creyeron hallarlo los Catholicos Reyes Don Fernando, y Doña Iſabèl, ſeñalando DD. cuya doctrina ſe abrazaſſe en defecto de Ley. Y entre varias que hicieron en Madrid año de mil quatrocientos noventa y nueve, promulgaron una (1), por la que à los dos referidos DD. añaden à Baldo, y al Abad; y mandan, que en Derecho Civil, deſpues de Bartholo, ſe ſiga à Baldo: y en Canones, deſpues de Juan Andrès, ſe ſentencie por la doctrina del Abad Panormitano.

Pero frequentemente ſucede, que el querer atajar à un inconveniente, produce otros, no menos perniciosos. La idea de eſte eſtablecimiento yà ſe encuentra en otro hecho por el Emperador Theodoſio el Mozo, ſobre las opiniones de Papiniano, Paulo, y otros Juriſconſultos antiguos, de que hice mencion en la Hiſtoria del Derecho Romano. De lo que alli dijimos ſe puede bien entender, que los efectos de una, y otra Ley no pudieron ſer favorables à la diſsipacion de pleytos, y ſu pronta deciſion; por lo que, tanto la Romana, como la

(1) *Es la* 37. Avilès, *in cap.* 1. *Prætorum*, *verb.* *Fiel*, *numer.* 15. *in fine.*

la nuestra, fuè de muy corta observancia.

Mezcladas, por decirlo assi, las Leyes Romanas, y Españolas, y sirviendo à la declaracion de unas la interpretacion de otras, no podia menos, que resultar una Jurisprudencia confusa, y ocasion, tanto à los litigantes de muchos gastos, y molestias, como à los Letrados de enriquecerse. Tanta dissonancia havia en la inteligencia de las Leyes, que en los Tribunales, y à veces en un mismo Tribunal, se sentenciaba de diverso modo en un mismo caso, y en unas mismas circunstancias. (1) (Y ojalá no sucediera en nuestros tiempos lo mismo!)

Leyes de Toro.

Esto fuè lo que el Reyno junto en Cortes en Toledo, año de mil quinientos y dos, representò à los Reyes Catholicos, suplicandoles el remedio, para el infelìz estado en que se hallaba la administracion de justicia. Esta representacion diò motivo à las célebres Leyes de Toro, que los Reyes Catholicos encomendaron à personages de conocida literatura; las que muerta yá la Reyna Doña Isabèl, se promulgaron en la Ciudad de Toro, de donde trahen su nombre, en siete de Marzo del año de mil quinientos y cinco, por la Reyna Doña Juana, madre del Rey Don Carlos Primero, V. Emperador.

Estas Leyes de Toro, aunque en el corto numero de ochenta y tres, contienen una considerable parte de Jurisprudencia, en materias quo-

(1) Vease el Prologo, ò Proemio de las Leyes de Toro.

quotidianas, como testamentos, y ultimas voluntades, herencias, succesiones, donaciones, &c. Por lo que no es de estrañar hayan trabajado tanto los Interpretes sobre ellas, con glossas, y comentarios, para declararlas; ò por mejor decir, acomodarlas al Derecho Romano, pudiendo dudarse bien, si de estas interpretaciones ha resultado mayor confusion, que claridad à su texto. En la primera de estas Leyes se pone el orden, que se debe guardar en la práctica de diversos cuerpos de Derecho Español. Y reconocido por experiencia, que la Ley de Madrid, de que poco hà hemos hablado, y en la que se graduaban las opiniones, que se debian seguir, en defecto de Ley, hecha con la mira de hallar mas pronta decision en los pleytos, no servia sino de encenderlos, y retardarlos, fuè enteramente derogada. De este modo quedò la autoridad de aquellos Interpretes igual à la de los mas sus compañeros, y en las facultades del Juez el reconocer, elegir, y abrazar entre un inexplicable numero de Escritores la opinion mas conforme à la verdad (1).

Derogacion de la autoridad comunicada à algunos Interpretes.

La Typographia, ò Imprenta, inventada en Maguncia por los años de mil quatrocientos cinquenta y siete, y perficionada, y extendida en los siguientes, recogiò de las partes mas distantes variedad de glossas, comentarios, y otros tratados, para extenderlos con mas difusion, llenando en breve las Bibliothecas de es-

F

(1) Bovadilla *Politic. lib. 2. cap. 7. num.* 19.

estos escritos, añadiendo con esto mas trabajo à los Jueces, Abogados, y otros Professores, y no poco tormento à los litigantes.

Nueva recopilacion de Leyes.

En tiempo del Señor Emperador Don Carlos V. primer Rey de este nombre en España, se hallò preciso hacer nueva Coleccion de las Leyes del Reyno; porque haviendose en algunos puntos añadido, corregido, y declarado las anteriores, algunas enteramente revocado, hecho otras de nuevo, y hallandose dispersas en distintos quadernos: esto, junto con el vicio de las impressiones, que havian alterado su lectura, ocasionaba nueva confusion, y un desorden muy perjudicial à la administracion de justicia. Y para proceder con madurèz en cosa de tanta monta, y pensandose seriamente en dár à los Tribunales una Obra importante, en que no solo se remediasse à lo referido, sino que tambien se pusiessen en terminos claros las Leyes, que pareciessen contener alguna confusion, quitando lo superfluo, y dejando, ò substituyendo lo util; encomendò el Emperador esta Obra succesivamente à dos sugetos de conocida literatura, gravedad, y experiencia; pero toda su diligencia, y trabajo no alcanzò à que en sus dias, ni en los del Rey tuviesse cumplimiento.

Succediò en la Corona de España Don Phelipe II. quien, prosiguiendo la misma empressa, la recomendò tambien succesivamente à sugetos capaces de proseguir las principiadas tareas, con las que llegò la Obra à su fin; y en el año de mil quinientos sesenta y siete se

pu-

publicò la Coleccion, de que hoy usamos, con nombre de Nueva Recopilacion, distrubuida en nueve libros, en que se incorporaron las Leyes del Fuero, cuya observancia era mas conocida, las del Ordenamento Real, las de Toro, y otras posteriores.

Esta Coleccion se bolviò à imprimir con nuevas addiciones en el Reynado de Don Phelipe III. año de mil quinientos noventa y ocho. Desde cuyo tiempo, haviendose publicado otras varias Leyes, que andaban, algunas en un quaderno impresso el año de mil seiscientos y diez, y otras sueltas, se mandaron incorporar, segun el orden que les correspondia, por Don Phelipe IV. y en el año de mil seiscientos y quarenta se imprimiò la Recopilacion en tres tomos, no solo con aditamento de Leyes nuevas, sino tambien de notas, y remissiones curiosas, para que el público se instruyesse del estilo, y práctica del Supremo Consejo, Chancillerìas, y Audiencias.

Ultimamente, en el año de mil setecientos veinte y tres, y mil setecientos quarenta y cinco, se imprimiò la Nueva Recopilacion con addicion de algunas Pragmaticas, y un cuerpo de Autos acordados por el Supremo Consejo, que son como determinaciones tomadas por esta Superioridad en diferentes casos, para la mas conveniente administracion de justicia, de cuya observancia ninguno puede eximirse.

Este Derecho, aunque sea el universal de

Fueros particulares.

España, y de todos los Dominios, que de ella dependen, no se observa en todas sus Provincias; haviendo muchas, que tienen sus costumbres particulares, que comunmente llaman Fueros. A esto ha dado mucho motivo la dismembracion de España, distribuìda despues de su ultima ruina en varios Reynos, y Señorìos, no solo entre los Moros, pero tambien entre los Principes Christianos, que la recuperaron. Todos estos Principados se fueron poco à poco uniendo, yá por conquista, yá por enlace matrimonial; y los Pueblos, que nuevamente se incorporaban, retuvieron sus costumbres, y fueros razonables en que vivian, y de que aún al presente en mucha parte usan, zelosos de ellos, como de privilegios nacionales, todos bajo la proteccion de una misma Corona, y Soberano, quien en sus Titulos, haciendo especial expresion de las Provincias de que se compone esta Peninsula, hace igualmente acordarla de su antigua dismembracion, y de la distintiva memoria, que de todas ellas conserva, para comunicar igualmente à todos los influxos de su proteccion, y Real benevolencia.

Reyno de Portugal, y su dismembracion de España.

Solo acá de los Pyrineos, Portugal ha conservado su independencia, y constituido Corona separada. Don Alonso el VI. Rey de Castilla, y de Leon, en remuneracion de los servicios hechos à esta Corona por Don Henrique, Principe de la Casa de Borgoña, y por consiguiente de sangre Real de Francia, le diò en el año de mil ochenta y nueve su hija Doña Te-

resa en matrimonio, y en dote, con titulo de Condado, y con cierto tributo, y omenage, à Portugal, ò aquella parte de este Reyno, que confina con Galicia. Procurò el valeroso Don Henrique ampliar su Condado, conquistando de los Moros varias Provincias: y pareciendole à su hijo Don Alonso poco el titulo de Conde, y bajeza el de vassallo, en el año de mil ciento treinta y nueve se erigiò el de Rey de Portugal, que conservaron sus successores. Este Reyno se incorporò en la Corona de España en tiempo de Don Phelipe II. de donde le separò otra rebolucion en tiempo de Don Phelipe IV. año de mil seiscientos y quarenta. Sus Leyes, y costumbres son imitantes al resto de España.

Hemos acabado la Historia del Derecho; y aunque reducida à compendio, texida de otras noticias, las que, si no parecieren del todo conducentes à lo legal, sirven, no obstante, para su mayor inteligencia, y para evitar el disgusto, que podria ocasionar una lectura de otro modo insipida à mucho numero de Lectores.

Consequencias de la Historia legal.

Por el discurso de esta Historia se concibe quan trabajosa sea una Facultad, en que se deben tener presentes tantos, y tan varios volumenes de tantos, y tan complicados Derechos, frequentemente entre sì opuestos, y en que tan poco orden, y metodo se ha observado.

Pero qualquier dificultad, que esto contenga, es muy inferior à las que hicieron nacer tanta multitud de interpretaciones, que sobre es-

estos volumenes se han dado à luz. Y sin duda fuè utilissimo el que los estudiosos se aplicassen en reducir à algun metodo la Jurisprudencia, y allanar las dificultades, y tropiezos, que en su inteligencia havia; pero con el tiempo cada Interprete vino à ser un pequeño Legislador, con autoridad semejante à la de la Ley. Y què otra cosa se necessitaba para trastornar el Gobierno legal, que la introduccion de tantos, y tan varios Legisladores? Esto es poco menos, que dár à un Pueblo muchas cabezas, que le gobiernen à un tiempo mismo. Y assi, no será de admirar el que la Jurisprudencia huviesse llegado al estado de confusion, y incertidumbre, en que hoy la vemos, y de que se irá haciendo evidencia.





LIBRO SEGUNDO.

CONSIDERACIONES GENERALES ſobre el Derecho, ſu autoridad, interpretaciones, y ſu eſtudio.

A La Hiſtoria, que acabamos de referir, y antes de tratar de aſſuntos particulares, me pareciò añadir unas breves reflexiones ſobre el actual eſtado del Derecho, ſu incertidumbre en general, y ſu eſtudio. Propoſito de eſte Libro.

Parecerà à qualquier prudente, que no eſtè verſado en el eſtudio del Derecho, que ſus Profeſſores eſtán del todo ciertos, què Leyes de las que acabamos de referir en ſu Hiſtoria ſean las que tengan fuerza de tales, y deban ſervir para la deciſion de los pleytos. Y ſin duda, quién ſe podrá perſuadir, que en unos tiempos de tanta claridad como eſtos, aùn eſtè indeciſo un punto tan perjudicial à la adminiſtracion de juſticia, como el no ſaberſe preciſamente por què Leyes ſe hayan de determinar los pleytos? Pero lo cierto es, que lo eſtá, ſegun en los ſiguientes Diſcurſos ſe irá demoſtrando, haciendo principal aſſunto en lo que mas nos importa; eſto es, en la conexion, que con nueſtro Derecho Real tienen los otros Derechos; pues el conſiderar cada Derecho en sì miſmo ſegun la cone-

xion de sus partes entre sì, sin respeto à las Leyes Reales, serìa igualmente molesto, è inutil al comun de los Lectores.

DISCURSO PRIMERO.

REFLEXIONES GENERALES sobre el Derecho Romano.

Derecho Romano no tiene fuerza de Ley en España en competencia de Ley del Reyno.

PRincipiando por el Derecho Romano, todos convienen no tener fuerza de Ley en España en los casos decididos por Ley del Reyno; pues siendo la España un Reyno, que no reconoce otro Superior temporal, que su Soberano, solo éste, y no otra Potestad, puede darle Leyes. Pero faltando Ley Real, están los AA. sumamente dispersos, y dificiles de entender; no porque en este Derecho conozcan potestad, que aun en este caso pueda inducir obligacion, sino por el permisso tacito de nuestros Principes, y consentimiento de sus Pueblos. Asientan unos, que las Leyes Romanas estàn en España desautorizadas de virtud legal, sin tener otro valimiento, que el de la razon natural en que estè fundado. Este sentimiento tiene en su apoyo las Leyes del Reyno, entre las que no se halla alguna, que dè al Derecho Romano caracter de Ley. En lo que no pueden ser mas expresivas las palabras del Rey Godo Don Flavio Recesvindo (1). ,, Bien sufrimos, dice, è bien queremos, que ,, ca-

Perplexidad entre los DD. sobre la autoridad del Derecho Romano en defecto de Ley Real.

(1) *Leg.* 8. *tit.* 1. *lib.* 2. *For. judic.*

„ cada un home sepa las Leyes de los estraños „ por su pro; mas quanto es de los pleytos, „ juzgar, defendemoslo, è contradecimoslo, „ que las non usen, que maguer y haya bue- „ nas palabras, todavia hay muchas grave- „ dumbres. E nin queremos, que de aqui „ adelante sean usadas las Leyes Romanas, nin „ las estrañas. En el Fuero Real (1) son nota- bles las palabras del Rey Don Alonso: „ Bien „ sofrimos, dice, è querèmos, que todo ho- „ me sepa otras Leyes, por ser mas entendi- „ dos los homes, è mas sabidores; mas no „ querèmos que ninguno por ellas razone, ni „ juzgue. Las Leyes mas modernas (2) ván en lo mismo. Entre los Fueros del Reyno de Va- lencia hay uno, del que hace memoria Mor- la, por el que se condena en la pena de diez marcos de plata al Abogado que se atreva ale- gar Decreto, Decretal, ù otro genero de Le- yes, fuera de los Fueros del Reyno; en cuyo defecto previene se recurra à la razon natu- ral. Y el Abogado contraventor, no pudien- do pagar la multa, queda privado del oficio (3). Ultimamente se ha conservado en España una antigua tradicion, de que havia Ley con pena de muerte à los que alegassen en los Jui- cios Ley Romana (4). De todo lo que parece muy

(1) *Leg. 5. tit. 6. lib. 1.*

(2) *L. 6. tit. 4. part. 3. leg. 1. Taur. sive 3. tit. 1. lib. 2. Recopil.*

(3) Morla *in Emporio, part. 1. tit. 1. quæst. 16. n. 13.*

(4) Palac. Rub. *in Introduc. ad Rubric. de Donation. inter virum; & uxor. num.* 19. Aceved. *in Rubric. lib. 2. Recopil. num. 4.*

muy bien inferirse el comun sentir de los DD. que llevamos probado (1).

Pero todo esto no ha movido à otros de autoridad respetable, para que dejen de afirmar por corriente, que las Leyes Romanas tienen eficacia de Ley en España, faltando Ley del Reyno (2). Esta assertiva no tiene otra autoridad para su prueba, que la que el uso ha dado al Derecho Romano. Este es, dicen, el Derecho Civil, que se estudia en las Universidades, para cuya enseñanza se han establecido tantas Cathedras, con tan largos estipendios, en que se emplean tanto numero de Estudiantes, en que hay tanta diversidad de exercicios, y en que trabaja tanto la Juventud. Ultimamente, las Leyes Romanas, no solo resuenan en las Escuelas, pero tambien en los Tribunales, y los Escritores Españoles las veneran, citan, y exponen, con muy largos comentarios; y por decirlo en una palabra, este es un Derecho, que en pluma de todos se llama Comun, con cuyo nombre se denota su universalidad para los casos que no estèn determinados por ley particular.

Esta opinion parece siguen los Escribanos, ò los AA. de sus formularios. Apenas dán fé de Instrumento, en que no intervenga renunciacion de algunas Leyes Romanas, que corrup-

(1) D. Molin. *de Hispan. primogen. lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 11. D. Galindo Phœnic. *lib.* 1. *tit.* 1. §. 2. *num.* 3.

(2) Anton. Gomez *in leg.* 1. *Tauri*, *n.* 1. Parlador. *different.* 6. *num.* 4.

ruptamente citan en las mismas Escrituras. Pues si es que estas Leyes no nos obligan, à què fin renunciarlas? Y si solo obligan en quanto son dictamenes de la razon natural, no creo estè bien dicho, que uno renuncie à semejantes dictamenes.

Distancia entre las dos referidas opiniones, y sus consequencias.

Es mucha la distancia que hay entre estas dos opiniones; pues dista mucho que el Derecho Romano tenga fuerza de Ley, ò tanto valga, quanto la razon natural, en que se funda. Pues en el primer caso no es licito ignorar un Derecho, que se necessita para la decision de los pleytos, en tanta variedad de casos, en que faltan Leyes del Reyno. En el segundo caso puede bien ahorrarse el trabajo de estudiar ansiosamente un Derecho, que solo vale en quanto vale la razon natural; pudiendo ésta fortalecerse de otros principios, ò de otro modo explicados, que lo han hecho los Romanos.

De la incertidumbre de esta contienda se sigue en notable perjuicio público, pero nada menos acreditado, que con la experiencia. Lo primero, que unos se aplican con mucha atencion, cuidado, y vigilancia à un estudio, que otros desprecian. Lo segundo, dissension entre los mismos Professores, sobre el modo de estudiar. Lo tercero, y peor, que un Juez falla por Derecho Romano una Causa, que otro decide segun otra razon, que le pareciò mas natural, no creyendo deber sujetar su dictamen à las Leyes Romanas.

No podrá negarse, que la dissension en este pun-

punto sea nociva à la administracion de justicia; lo que que se hará mas claro con la siguiente reflexion sobre el Derecho Romano, y su estudio.

Estudio del Derecho Romano.

Es ciertamente este Derecho, en quanto unido con todas sus partes, un cuerpo de mediana perfeccion, y suficiente, segun el estado, y circunstancias del Romano Imperio, para pacificar los hombres en sus quotidianas dissensiones, y producir medios convenientes para la recta administracion de justicia. Pero la España, con cuyas costumbres no se acomodan muchas de sus disposiciones, ha mutilado tantas partes á este cuerpo, y le ha cortado tantos miembros, reformando, derogando, y abrogando tantas de sus Leyes, que yà, tan lejos de ser un todo perfecto, es un cuerpo disforme; ò por mejor decir, yà respecto de la España, no es cuerpo, sino un monton desunido de varias partes, las que pudiendo antes en el todo pacificar en justicia los mas dilatados Reynos, yà no sirve sino para ocasionar mayor perturbacion. Es como un cuerpo natural organico, que en la union de sus partes es capáz de todas las operaciones, que le son proprias; pero dividido, y separado, es incapáz de exercerlas; ò como un grande, y hermoso edificio sostenido en fuertes colunas, las que, dislocadas, ò debilitadas, todo el edificio se hace ruinoso, sin que sea comodamente habitable alguna de sus piezas.

Es sin duda digno de admiracion, que el De-

Derecho Romano se haya llevado tanto la atencion en los Estudios generales, que no haya dado lugar à hacer en sus Escuelas comemoracion alguna del Derecho del Reyno. Y que los Estudios públicos, tan próvidamente distribuidos por todas partes para la instruccion de la Juventud en las Ciencias utiles à la República, solo hayan de servir en Jurisprudencia para la exposicion de un Derecho estrangero. Es, buelvo à decir, digno de admirar tantas Cathedras, tan ricamente dotadas, tan insignes Maestros de unas Leyes, que sirvieron para la pacificacion interior de los Romanos; y tanta indiferencia en las que sirven para el gobierno de los Españoles. Tanto aparato, y tan cuidadoso zelo en la doctrina de Leyes muertas, y tanto descuido en enseñar las Leyes vivas. Empleando los estudiosos, cuyo fin es servir en España en cargos de justicia, tantos años en meditar las Leyes de Roma, y Constantinopla, como si las Universidades del Reyno fuessen Seminarios para exercer Preturas en el antiguo Imperio Romano.

El Derecho Romano, con exclusion del Derecho Real, es el que ocupa las Escuelas contra la intencion de nuestros Principes, y contra toda razon

Se parecen nuestros estudiosos del Derecho Romano à aquellos indiscretos estudiosos de Geographia, que emplean todo su conato en saber la delineacion de Paìses estrangeros, sin dejar arroyo, que no noten, ni colina, que no apunten, ignorando los grandes rios, que corren por su propio Paìs, y los grandes montes, que le rodean.

Què dijeramos de un hombre, que, olvidando la lengua nativa, se empleasse en el estu-

tudio de lenguas estrangeras; ò de un Español, que ignorando enteramente la Historia de España, sus varias reboluciones, su chronologia, y la série de sus Reyes, emplease todo su estudio en los espinosos puntos de la Chronologia de la China, ò de la Historia del Mogol? Pero esto puede suceder por el depravado gusto de un particular; mas no puede menos de estrañarse en una sabia Nacion.

No fuè esta la intencion de nuestros sabios Legisladores en permitir el estudio del Derecho Romano en los Estudios generales; sino el dár lugar à que los Españoles no ignorassen la sabiduria legal de los antiguos. ,, Bien queremos, dice el Rey Don Alonso, y el Catholico Rey Don Fernando, y su hija la Reyna Doña Juana (1), y sufrimos, que los libros de los Derechos, que los Sabios antiguos hicieron, que se lean en los Estudios generales de nuestro Señorìo, porque hay en ellos mucha sabidurìa; y queremos dár lugar, que los nuestros naturales sean sabidores, y sean por ende mas honrados. ,, Pero la principal instruccion, que desean nuestros Reyes en sus subditos, es en las Leyes del Reyno. ,, Nuestra intencion, y voluntad es, dicen, (2) que los Letrados en estos nuestros Reynos sean principalmente instruidos, è informados de las Leyes de nuestros Reynos, pues por ellas, y no por otras han de juzgar. Si nuestros Le-

(1) *Leg.* 1. *Taur. sive* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recopil.*

(2) *Leg.* 2. *Taur. sive* 4. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recopil.*

Legisladores entendieran, que el eſtudio del Derecho Ceſareo havia de ſer tan particular en las Eſcuelas, que en ellas no havia de haver la mas leve inſtruccion en el Derecho del Reyno; ſi tuvieran preſente el abuſo, que con el tiempo ſe havia de hacer de eſta ſu permiſſion, tan lejos de concederla, ſin duda prohibirian con graves penas un eſtudio, cuyo deſorden ha llegado à enredar las Leyes Reales, haſta el punto de hacerlas ininteligibles à la mayor parte de ſus Profeſſores.

Es engaño manifieſto, aunque vulgarmente creìdo, que en las Univerſidades ſe eſtudia la theorica del Derecho. Pues theorica en las Facultades ſe llama el eſtudio de aquellos principios, que conducen al conocimiento de las verdades prácticas, ò el eſtudio de aquellas reglas, que la práctica rectifica, como explicativas de la verdad, que ſe deſea encontrar. Pero lo que en Juriſprudencia ſe enſeña en las Eſcuelas, ſon unos principios, muchas veces deſmentidos en la práctica, y unas reglas, à quienes la práctica deniega todo exercicio, como Leyes no recibidas, abrogadas, derogadas, è inmutadas, y no pocas veces injuſtas.

Que en las Eſcuelas no ſe eſtudia theorica del Derecho.

Ojalá ſe eſtudiára en las Eſcuelas verdadera theorica, ò eſpeculacion de Leyes practicables, entonces la práctica no ſe reduciria à otra coſa, que à un exercicio de lo eſtudiado! Pero tan lejos de eſtudiarſe en las Univerſidades la theorica del Derecho, ſe hace un eſtudio capáz de impedir en hombres de talentos regulares todo progreſſo en la práctica, como

mo opuesto à ella; no siendo lo que se ha estudiado en las Escuelas lo que se practìca, sino lo que se ha practicado en la antigua Roma; y lo que se practìca, y deben observar los Tribunales, y por donde se rige la Sociedad, es ordinariamente otro Derecho, que es preciso estudiar de nuevo.

Por esto vémos tantos antiguos Professores de las Universidades, y que despues (como es frequente) no han tenido otra experiencia, y particular estudio en las Leyes del Reyno, reducidos, en fuerza de su propio conocimiento, y bien de la República, à una vida privada, conociendose incapaces de dár respuesta alguna en Derecho. Y los que sin aquella previa, y necessaria disposicion, temerariamente se conceptuaron dignos de exercer algun cargo de justicia, cometen mil absurdos, ocasionando muchos, y costosos pleytos, gastos, y molestias, escandalizando los Pueblos con sus disparates, hasta que una larga experiencia les ha facilitado el passo, para conducirse con mejor orden. Pero experiencia costosa, y semejante à la de los Professores de Medicina, que aprenden à ayudar la salud de unos, dustruyendo la salud, y aun quitando la vida à otros!

Inconvenientes del estudio del Derecho Romano.

El estudio en la Juventud es el que causa mayores impressiones en el curso de la vida. El conocimiento del Derecho Real viene al Estudiante yá preocupado, ò acaso yá fatigado con las pènosas lecciones de un Derecho estrangero. Es como un alimento recibido en un

un eſtomago preocupado de otros manjares, que nunca puede producir el correſpondiente nutrimento, pues no puede ſer bien digerido; à lo menos el mas robuſto eſtomago ſiempre padecerá mayor dificultad, que la que tuviera qualquier eſtomago libre; y no todos los entendimientos tienen fuerzas proporcionadas al vencimiento de todas eſtas dificultades, como no todos los eſtomagos tienen ſuficiente actividad para digerir muchedumbre de manjares. Y quando las fuerzas de ingenio de un Eſtudiante ſean ſuperiores à todos eſtos eſtorvos, ſiempre havrá tenido un bien eſcuſado trabajo en vencerlos.

Complicacion de los dos Derechos, Real, y Romano, y conſiguiente utilidad de éſte.

Alguno dirá, ſegun el comun ſentir, que el eſtudio del Derecho Romano ſirve mucho para digerir, y facilitar el Derecho Real. No puede eſto negarſe en la conſtitucion preſente en ſugetos capaces de comprehender todas las antinomias, y diferencias de los dos Derechos, y ſus conſequencias. Pero tampoco puede dudarſe, que de la miſma fuente de donde mana eſta facilidad digeſtiva, fluyen mezcladas muchas crudezas inſuperables à fuerzas regulares, y de mucha dificultad à fuerzas nada comunes. De modo, que el daño que ocaſiona no es menor, que el beneficio que comunica. Menos puede dudarſe, que la poteſtad legislativa de Eſpaña pueda ſuplir con mas abundantes luces à toda la claridad, que puedan eſparcir las Leyes de Roma ſobre las del Reyno, y ſin las ſombras, que vienen del miſmo origen; y pudiendo nueſtro Soberano

G au-

auxiliarnos en este beneficio, escusado es recibirlo de quien no comunica luces sin tinieblas, facilidades sin dificultades, y de quien no aprovecha sin ser nocivo.

A fuera de esto es constante por la experiencia, que acostumbrados los Estudiantes al estudio del Derecho Romano, con dificultad se desprenden de las noticias, que les ha procurado su aplicacion, las que retienen como primeras impressiones, que han recibido de Jurisprudencia, y como prendas de un estudio, que no quieren les haya sido inutil, haciendo manifestacion de ellas al público en todas sus ocupaciones literarias, como posseedores de unas riquezas, que han adquirido con mucho trabajo. Además de que el no dár à entender en todas las ocasiones, que se presentan, de que saben las leyes de Roma, serìa passar por la baja nota de no haver cursado en Escuelas públicas.

De aqui es, que de qualquier modo que sientan los DD. sobre la autoridad del Derecho Romano, siempre ocupan la mayor parte de sus escritos en exponerle, cotejando con èl las Leyes Reales, acomodandolas al systéma del Derecho Comun (que asi llaman al Romano) interpretandolas, y restringiendolas, para que en quanto sea dable menos le deroguen (1). De modo, que estos Derechos se hallan hoy en nuestros AA. tan intimamente mezcla-

(1) *Videsis exemplum* apud D. Galindum *in Phœnice, lib.* 3. *tit.* 7. §. 6. *à num.* 1.

clados, que à no ſer impoſsible, es ſumamente dificil entender uno ſin la ayuda del otro, reſultando de eſta immixcion un compueſto tan confuſo de encontrados principios, y tan intrincado con inſuperables dificultades, que apenas llega la vida del hombre para deſenredarle. Y quando eſto conſigan los que han hecho un eſtudio eſpecial ſobre el Derecho Romano; los mas, de que es muy ſuperior el numero, que ſin eſte auxilio entran en la profeſsion del Derecho Real (aunque hayan aſsiſtido en las Eſcuelas, y ſe digan Bachilleres, y acaſo Licenciados, y aun de ſuperior grado) ſolo pueden eſperar, ſegun ſus talentos, y un largo, y porfiado eſtudio, algunas luces para conducirſe en los caſos mas comunes.

Si ſerìa conveniente deſterrar el Derecho Romano de las Eſcuelas, y Tribunales.

Parece, que qualquier buen concepto, que antes de ahora ſe haya formado ſobre la utilidad del eſtudio del Derecho Romano en las Eſcuelas, haviendo demoſtrado la experiencia, que eſta utilidad no equivale à los daños que ocaſiona, ſerìa muy conveniente al ſoſsiego público el que las Leyes Romanas enteramente ſe deſterráran, no ſolo de los Tribunales, ſino tambien de las Eſcuelas. Eſte Derecho llegò por ſu deſgracia à ſer como aquellos hombres ſedicioſos, à quienes para el ſoſsiego público es preciſo deſterrar, no ſolo de la Corte, y Lugares grandes, en donde puedan ocaſionar grandes reboluciones, ſino tambien de todo el Reyno, para cortarles toda ocaſion de levantar algun motin. En interin que las Leyes Romanas ſe mantengan en las Eſcuelas,

 los

los Estudiantes, quando vengan à los Tribunales à ser Jueces, ò Abogados, no podrán facilmente olvidar un tan querido estudio, en que emplearon su juventud, que es tan dificil olvidar, como los sentimientos de la educacion. Y de este modo el estrepito de las Escuelas nunca será menos en los Tribunales, para los que sirvieron de verdadero ensayo, haciendo nacer dificultades, no precisamente sobre la inteligencia de las Leyes Reales, sino sobre su acomodamiento, y concordia con las Romanas, y sus Interpretes.

No obstante, para que este general destierro del Derecho Cesareo fuesse util à la República, debiera preceder la formacion de un cuerpo metodico de Derecho Español en la forma que hemos propuesto en la Prefacion de esta Obra. Sin esta tan previa, y precisa disposicion, privarnos del estudio del Derecho Romano, poco menos sería, que privarnos de unas, aunque confusas, luces, con que en algun modo podemos conducirnos, y quedarnos quasi en tinieblas; ò abandonar un tal qual, aunque trabajoso, socorro, y quedarnos poco menos, que en una extrema indigencia.

DIS-

DISCURSO II.

REFLEXIONES GENERALES sobre el Derecho Canonico.

LOS Canones, y las Leyes son entre sì Derechos diferentes, no precisamente por diversidad de fines; pues aunque el fin primario del Derecho Canonico sea la salud espiritual, y el del Civil la paz, y tranquilidad pública, frequentemente se exerce aquel en assuntos no meramente espirituales, aunque à este fin conduzcan; y omitiendo innumerables disposiciones Civiles, que solo miran al honor de la Religion, y salud espiritual, aun quando este Derecho solo se ordenasse à la tranquilidad de la República, y pacificacion de sus miembros, de donde provenga un bien comun, que ceda en utilidad de todos sus individuos, y que todos, sin agravio de ninguno, disfruten; dispone sin duda para la assecucion de los bienes espirituales (1). La diversidad, pues, de estos Derechos consiste en la de las Potestades, de donde dimana: en la diversidad de assuntos, en que principalmente se exercen: distincion de personas, que en su extension comprehenden; y variedad de decisiones, que abrazan. Proposito de este Discurso.

(1) *Omnia ergo quæcumque vultis, ut faciant vobis homines, & vos facite illis. Hæc est enim lex, & Prophetæ.* Matth. cap. 7. v. 12.

Yá, pues, que hemos dicho lo que parece ſuficiente tocante à la incertidumbre, que reſulta de la immixcion del Derecho Romano, con el Derecho Real; hablarèmos ahora de la incertidumbre del Derecho Canonico, no de por sì, y en quanto unido con ſus partes, del que no es mi propoſito hablar; ſino del miſmo modo que hicimos del Derecho Romano; eſto es, en quanto complicado con el miſmo Derecho Real, al que nombrarèmos mas comprehenſivamente Derecho Civil. Pero del Derecho Romano, ſegun hemos dicho, podemos facilmente diſpenſarnos; pues fuera de las razones de congruencia, que hallan algunos DD. no hay motivo eficáz por donde ſe induzca ſu obligacion. No aſsi el Derecho

Autoridad del Derecho Canonico, y ſu complicacion con el Civil.

Canonico, cuya autoridad no puede negarſe en perſonas, y negocios Ecleſiaſticos, comprehendiendo no ſolo perſonas ſeculares, à quienes en algun modo dichos negocios tocan, ſino tambien atrayendo frequentemente à sì aſſuntos profanos, en que ſe vèn mezcladas Leyes Civiles, y Canonicas, con mucha incertidumbre ſobre quál de eſta eſpecie de Derecho deba prevalecer. Se vè tambien diariamente, que en aſſuntos meramente temporales, y del todo ſujetos à las Leyes Civiles, ſe intereſſan perſonas Ecleſiaſticas, en que del miſmo modo ſe reconoce la incertidumbre ſobre la ſujecion de eſtas à aquellas diſpoſiciones. Finalmente, componiendoſe la República de perſonas Ecleſiaſticas, y Seculares, y ſus negocios frequentemente mixtos, y compli-

plicados, la misma complicacion embuelve el Derecho, que debe servir para su decision.

Fuero Eclesiastico, y Secular.

No solo el Derecho Civil, y Canonico son distintos en sus decisiones, sino que su exercicio comunmente pide Judicaturas, ò Tribunales distintos, de donde dimana la separacion de los dos Fueros Eclesiastico, y Secular. No me pararè por ahora en las interminables disputas con que llenaron tantos volumenes los Interpretes, y que siempre fatigò à los Tribunales, y ocasionò à las Partes imponderables gastos, y molestias, sobre en què Fuero se haya de litigar el pleyto, ò sobre la competencia del Juez Secular, ò Eclesiastico en orden à su conocimiento. Esto pertenece à la incertidumbre del Derecho en particular, de que acaso tratarèmos en otra parte. Mi principal proposito por ahora es tratar, no del Fuero en el que se hayan de ventilar los Derechos, sino del Derecho mismo, que debe servir para la decision de los negocios, que son cosas muy distintas, y que piden separadas inspecciones.

Quándo deba prevalecer el Canon à la Ley, ò al contrario.

La incertidumbre, pues, que se reconoce en averiguar en què casos obre la disposicion Canonica, y en què casos tenga lugar la decision Civil, es el assunto de este Discurso, sin que deba esperarse, que yo me extienda sobre todas las perplexidades, que en esto hay: solo insinuarè algunas de las mas obvias, y frequentes, de donde juiciosamente se puedan inferir otras; lo que observarè en toda esta Obra, segun yà en su Prologo tengo advertido.

do. Y principiando por el objeto, materia, y extension de estos dos Derechos Civil, y Canonico, hallarèmos sus limites inciertos, para que no haya que admirar de la frequente ocasion de litigios.

Incertidumbres sobre la qualidad de personas, y negocios.

Comun, y generalmente se les señala por demarcaciones las de las Potestades, de donde dimanan. El Civil de Potestad temporal en personas, y assuntos Seculares. El Canonico de Potestad espiritual en assuntos espirituales, y personas Eclesiasticas. Para que esta respuesta fuesse suficiente, parece solo restaba averiguar quiénes se entiendan por personas Eclesiasticas, y què negocios sean los de esta qualidad. Pero aun en esto hay mucha incertidumbre embuelta en obscuras, è interminables disputas, que diariamente se ofrecen sobre el estado de las personas, y sobre la qualidad espiritual, ò temporal de los assuntos, ò negocios: disputas, que pudieran para siempre evitarse, constituyendo un Derecho claro (1).

Complicacion de personas de ambos estados en un mismo Fuero.

2° Los departamentos comunmente señalados al exercicio de estos Derechos, son, como hemos dicho, para el Civil, el Fuero Secular, y para el Canonico, el Eclesiastico. Pero son muy ordinarios los casos en que Legos, y

(1) *Videsis tit.* 3. *lib.* 1. *Recopil. leg.* 2. *tit.* 4. *eod. leg.* 56. *tit.* 6. *part.* 1. ubi D. Greg. Lopez Barbos. *de Officio Episcopi*, *allegat.* 107. Bovadilla *Politic. lib.* 2. *cap.* 17. & 18. & generaliter vide relatos per D. Castejon, *verbo Ecclesia*, *Ecclesiastici*, *Ecclesiastica bona*, *verbo Ecclesiastica immunitas*, *Ecclesiastica jurisdictio*, *cum similibus.*

y Clerigos se embuelven en un mismo litigio, defendiendo unos contra otros sus derechos, y haciendas, tanto en Tribunales Seculares, como Eclesiasticos, en que naturalmente nace la duda por què Derecho se deban terminar estas contiendas. La respuesta comun es, que en quanto al modo de instruir el Juicio, se deba guardar el Derecho del Fuero en que se litiga; si en el Secular, el Civil; si en el Eclesiastico, el Canonico. Pero en quanto à la decision del pleyto se debe atender al Derecho à que está sujeto el reo, ò aquel contra quien se moviò el pleyto. Si un Lego litiga contra Clerigo, el Canonico; si un Clerigo contra Lego, el Civil. Esto, no porque falten defensores, que en ambos casos se deba seguir el Derecho Canonico, fundados en texto, que les parece expresso (1). El Cardenal de Luca (2) elige un partido, que le es muy frequente en controversias dificiles; pues conociendo que la práctica de los Tribunales no concuerda con estas doctrinas generales, dice, y con razon, que esta materia no es susceptible de regla cierta. Todo lo que es capáz de ocasionar la mas confusa incertidumbre.

Derecho Real, y Romano se disputan la autoridad en defecto de Canon.

3° Los límites, y departamentos de estos Derechos no se guardan con tan rigurosa exactitud, que el uno no éntre alguna vez en el departamento del otro. De modo, que aunque estos Derechos sean en sì diferentes, se ayu-

(1) DD. *in cap. Quod Clericis 9. de Foro competenti.*

(2) Card. de Luca *de Judiciis, disc. 36. num. 39.*

ayudan, no obstante, auxiliandose en sus disposiciones de tal manera, que segun voluntad de nuestros Interpretes, à falta de uno, se observe el otro, aun en el Fuero que no le corresponde. Y asi, aunque el Derecho Canonico, por lo tocante à causas profanas, no tenga mas autoridad en España, que el Derecho Romano; esto se entiende en los casos, que haya Ley expressa del Reyno; pero en su defecdebe ser atendido. Mas ni aun en esto ván conformes nuestros DD. diciendo unos generalmente se recurra al Derecho Canonico (1), remitiendonos otros absolutamente al Romano (2). Y finalmente, dejando otros la decision de esta controversia à la prudencia, y discrecion del Juez, para que entre estos dos Derechos abrace el que le parezca mas justo, y equitativo (3). Es facil concebir los inconvenientes de esta incertidumbre, y jamàs dejará de ser grande inconveniente la falta de certeza del Derecho que se deba observar.

En caso de obscuridad de alguno de los dos Derechos, Canonico, y Civil, es preferido el mas claro en ambos Fueros.

4° Es doctrina comun, que en el caso de hallarse dudoso alguno de estos Derechos, se siga el que estè mas claro. De modo, que si el Canonico está dudoso, y el Civil claro, éste se debe seguir en entrambos Fueros. Si se halla el Civil dudoso, y claro el Canonico, éste será atendido aun en el Fuero Secular. Pero fa-

(1) D. Olea *tit.* 4. *quæst.* 9. *num.* 32. Barbos. *in cap.* 12. *de Probation. num.* 2.

(2) Anton. Gomez *in leg.* 1. *Tauri*, *num.* 1. Parlador. *d. different.* 6. *n.* 4.

(3) Olano *Concordia Juris in Præfat. n.* 7.

facilmente ſe conoce à quántas diſputas eſtè ſujeta eſta doctrina en la práctica: debiendo preceder à la aplicacion de eſta propoſicion un pleyto ſobre ſi la Ley, ò Canon eſtá, ò no dudoſo, ò claro.

5º Hay caſos, en que la diverſidad de fines, à que uno, y otro Derecho miran, hace ſu mayor opoſicion, y diverſa diſpoſicion; y como la racionabilidad de eſtos fines ſe puede encontrar igualmente en los dos Fueros, Canonico, y Civil, es entonces aſſunto de reñidas controverſias, ſi el Derecho Civil deba entrar en el departamento Canonico; y al contrario, el Derecho Canonico deba entrar en el departamento Civil.

Racionabilidad del fin de alguno de eſtos Derechos, hace ſu prefereneia en los dos Fueros.

Sea exemplo la diverſa computacion de grados de conſanguinidad, ò parenteſco, de que uno, y otro Derecho uſa. Cada Derecho tiene ſu diferente modo de contar. El Canonico mide eſta proximidad ſegun correſpondia al intento de apartar el matrimonio entre aquellos, que el natural pudor, y decencia pide no ſe junten en ſemejante lazo. El Civil en ſu computacion de grados, no ſolo tuvo por fin el matrimonio, ſino tambien la indagacion de la mayor, ò menor proximidad natural, ſegun convenia al orden de las ſuccesſiones, y otras diſpoſiciones, en que el mas proximo ſuele excluir al mas remoto.

Exemplo en la diverſa computacion de grados de conſanguinidad.

Y aunque en linea recta de aſcendientes, y deſcendientes no haya diferencia en entrambas computaciones, pues por entrambos Derechos ſe reputa, y con razon, en qualquier gra-

grado de efta linea toda commixcion nefaria; la hay mucha en la lateral, que omito por no fer de mi propofito, baftando faber, que fegun la diverfa computacion de eftos Derechos, no folo dos perfonas diverfamente entre sì diftan en grado de cognacion, fino que las mifmas dos perfonas pueden diftar diverfamente de otra, y puede fer uno mas proximo por computacion Canonica, y no ferlo por computacion Civil (1).

En el matrimonio no hay duda, que la computacion Canonica debe fer atendida en entrambos Fueros; pero como en el Fuero Eclefiaftico, además del matrimonio, fe difputan otros affuntos, en que es precifo hacer computacion de grados, es entonces viva controverfia fi fe deban regular por el Canon, ò por la Ley.

Incertidumbre de la computacion civil en el Fuero Canonico.

Efto fucede frequentemente en Capellanias, legatos, y otras piadofas difpoficiones, en que es regular prefiera el Fundador para fu obtencion al pariente mas propinquo. Acontece, que entre dos, ò mas parientes del Fundador, el uno le fea mas propinquo, fegun los Canones, y no fegun las Leyes Civiles. Se enciende un reñido litigio, en que es neceffario pedir à nueftros Interpretes fu fufragio. Toda la difputa confifte en averiguar fi en eftos cafos el Derecho Canonico deba prevalecer al Civil, ò al contrario. Y para hacer vifible la incertidumbre, que en efto hay, y que firva como una fimilitud, y exemplar de otras, referirè los

(1) Fontanel. *decif.* 10. *n.* 15.

los diversos dictamenes de los Interpretes en el assunto.

Algunos, consiguientes à que cada Derecho se atienda en su Fuero, dicen, que la computacion Canonica debe ser atendida en todo negocio, que se trate en el Fuero Eclesiastico, del mismo modo que la computacion Civil en todo lo que se trate en el Fuero Secular (1).

Porfian otros, que el Canon solo mira al matrimonio, no à otros assuntos; los que aunque se traten en el Fuero Eclesiastico, deben regirse por computo Civil, que es el mas natural, y que mejor demuestra la mayor, ò menor proximidad de sangre (2).

Otros parece conocen solo la mayor proximidad Civil por prelativa, en caso que la proximidad por computo Canonico sea igual con el Fundador (3).

Hacen otros grave fundamento en la qualidad, y estado del Fundador, si fuè persona Eclesiastica, ò Secular, para que en el primer caso se atienda la computacion Canonica, como que à este Derecho debiò inclinar al Fundador el estado de su persona; no assi en el segundo, por la contraria razon (4).

Re-

(1) D. Covarrub. *in lib.* 4. *Decretal. p.* 2. *cap.* 6. §. 6. *n.* 8. Sanchez *de Matrim. lib.* 7. *disp.* 50. *n.* 8.

(2) Garçia *de Benefic. p.* 7. *cap.* 15. *à n.* 23. Cancer. *lib.* 1. *Variar. cap.* 1. *n.* 54.

(3) D. Perez de Lara *de Anniverf. & Capellan. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 33.

(4) Cevall. *Comm. contra Comm. quæst.* 398. *n.* 30.

Reflexionan otros en las palábras de que usò el Fundador, ſi llamò à ſus parientes dentro de cierto grado, v. g. dentro del quarto, ò llamò abſolutamente el pariente mas proximo. En el primer caſo pronuncian por el computo Canonico, como el mas vulgar, de que preſumen hablò el Teſtador. En el ſegundo caſo fallan por el computo Civil (1).

Pretenden otros concordar eſtos dos computos, diſtinguiendo: ò el Fundador de la Capellania, v. g. tenia hijos, y deſcendientes, ò no. En el primer caſo, debiendo hacerſe la computacion entre ſus deſcendientes, ſiguen la computacion Canonica. En el ſegundo caſo, en que debe hacerſe la computacion entre los colaterales del Fundador, abrazan la Civil (2).

Se contentan otros, ſin decidir coſa alguna, como es frequente entre los modernos, en referir lo que los anteriores Eſcritores dejaron dicho en el punto, ſin determinarſe por partido alguno, dejando à los que los conſultan en la irreſolucion que ellos tuvieron, añadiendoles el trabajo de ſondear à què partido tuvieron mas inclinacion, para valerſe de ſu autoridad en los lances que ſe ofrecen diſputar (3).

De

(1) Cevallos, *ſe ipſum corrigens eod. tract. quæſt.* 905. *num.* 37.

(2) Moſtazo *de Cauſis piis, lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 45.

(3) D. Caſtillo *Controv. lib.* 5. *cap.* 67. *num.* 42. D. Ortega ad D. Covarrub. *in* 4. *Decretal. part.* 2. *cap.* 6. §. 6. *num.* 11.

De todas estas, y otras doctrinas no puede originarse sino multitud de confusas consequencias, siempre fatales à los litigantes, que no me pararè en referir, por ser facil el concebirlas, y muy frequente su experiencia.

Incertidumbre del computo Canonico en el Fuero Civil.

Poco menos dissensiones causa el computo Canonico en el Fuero Civil, que las que hemos dicho causa el Civil en el Fuero Canonico. Acostumbrados los hombres à este computo matrimonial, à cuyo fin miraron los Canones; y siendo tan frequente en sus conversaciones, como lo es, el matrimonio, hace concebir à nuestros Interpretes, que siempre que el hombre en qualquier disposicion habla de sus parientes en algun grado, lo entiende, segun la comun inteligencia, grado Canonico. Lo que muchos DD. entienden, no solo de disposicion privada de un hombre particular, sino tambien de la disposicion legal, conjeturando, que el Legislador acomodò sus palabras al comun uso, y mas vulgado computo.

Y assi, llamando la Ley del Reyno (1) al retrato de sangre: esto es, à poder el pariente mas propinquo del vendedor, dentro del quarto grado, tomar para sì por el tanto la cosa vendida de patrimonio, ò abolengo, la entienden grado Canonico (2).

Porfian, no obstante, otros deberse entender

(1) *Leg.*73. *Tauri*, *sive* 12. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recopil.*

(2) Parlador. *different.*109. §. 3. *num.* 16.

der grado Civil (1), porque las Leyes Civiles no deben entenderse de otro computo, que no sea Civil. Además de ser regla comunmente por todos recibida, que en la succession (à cuya imagen se hace el retrato) se debe seguir este computo (2).

Parece concordar otros esta disputa, diciendo, que el quarto grado se entienda Canonico en quanto à la extension de grados: esto es, que el llamamiento de parientes hasta el quarto grado no se restrinja à quarto grado Civil, v. g. à primos-hermanos, que es solo segundo grado Canonico; sino hasta el quarto grado Canonico, que es el octavo Civil. Pero entre los que concurren al retrato, disputandose de su mayor, ò menor proximidad, se regúle segun la Civil graduacion (3).

Del mismo orden es, con las mismas disputas, y la misma perplexidad hay en quanto al termino, y grados de la succession intestada: para la que el Derecho Cesareo puso por termino el decimo grado, admitiendo despues el marido, ò la muger, y en defecto de estos el Fisco (4); con cuya disposicion es conforme la Ley de la Partida (5). Las Leyes nuevas señalan el quarto grado, dentro del que faltan-

(1) Cifuentes *in leg.* 73. *Tauri*, Matienzo *in leg.* 7. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop. gloss.* 5. *n.* 7.

(2) D. Covarrub. *loc. cit. n.* 8. D. Cresp. *observ.* 96. *à n.* 1. Antunez *de Donat. Reg. lib.* 3. *cap.* 19. *n.* 44.

(3) Garcia *de Beneficiis, p.* 7. *cap.* 15. *num.* 27.

(4) §. *fin. Institut. de Succes. cognat. junct. novel.* 118. *cap. Nullam* 4.

(5) *Leg.* 6. *tit.* 13. *part.* 6.

tando parientes, parece hacen lugar al Fisco (1).

Sin embargo de ser esta una materia tan frequente en la práctica, y en que debia haver la mas segura determinacion, se rebuelven en ella variamente los Interpretes, no solo en quanto à computacion de grados, sino en otras dificultades (2). Las mismas hay en averiguar à què grado se extienda, y què computacion deba ser atendida, quando un testador llama à alguna disposicion generalmente sus parientes (3). Dejemoslos entre tantas confusiones, y prosigamos otras entradas de diferente especie, que hacen los Canones en el departamento Civil.

Extension de los Canones à negocios Civiles.

Singularmente extendieron el Derecho Canonico sus Interpretes, dilatando sus limites, y introduciendole en el fuero, ò departamento Civil, en varios casos; como es, quando la disposicion Civil es nutritiva de pecado; pues entonces debe en ambos Fueros prevalecer la disposicion Canonica (4). Lo segundo en causas de personas miserables, ò dignas de compassion, como huerfanos, viudas, pobres, tambien se dice debe observarse el Derecho Canonico (5). Lo tercero, quando el Civil si-

(1) *Leg.9.tit.*10. *lib.* 1. *Recopil.*

(2) Vide Ayllon ad Ant. Gomez, *lib.* 1. *Variar. cap.* 1.*ad n.*9.D.Galind.*in Phœnic. lib.*3.*tit.*13.§.7.*prop.& glos.*2.

(3) Sanchez *Consil.Moral.lib.* 4. *cap.*1. *dub.*24. *à n.*10.

(4) Fagnan. *in cap. Cum esse, de Testament. n.* 167.

(5) Novarius *de Privil. miserabil. priv.*79.

gue en su disposicion el extremo rigor, y el Canonico se funda en equidad, pues esta debe prevalecer en entrambos Fueros (1).

Aunque se haga mucha cuenta de estos ensanches, y podrian ser utiles en quanto al Derecho Romano, no parece sea necessario, sino para materia de mayores disputas, introducirlos en nuestro Derecho Real, cuyos Legisladores proveyeron à la salud pública sin riesgo de las conciencias de los particulares, y con toda la equidad, que puedan apetecer todo genero de personas.

Necessidad en los Professores de instruirse en ambos Derechos.

De lo dicho hasta aqui se deja bien conocer la necessidad, que se impone à los estudiosos, aunque su inclinacion, ò emplèo les llame solo al Derecho, y Fuero Real, de instruirse en los enormes, y confusos cuerpos de entrambos Derechos, y sus interpretaciones. De modo, que pudiendo apenas la vida del hombre ser suficiente para adquirir perfectamente una de estas Facultades, se le hace preciso cargar con entrambas, para que al ultimo ninguna de ellas llegue à posseer. Esta necessidad yá se hizo comun proverbio: El Legista, dice, sin Canones poco vale; el Canonista sin Leyes de nada sirve (2).

Coartacion de las Leyes Civiles.

Siempre nuestros Interpretes fueron escasos en ampliar el Derecho Civil fuera de los limi-

(1) Reiffenstuel *in Proœmio ad Jus Canon.* §. 12.*n.* 222.

(2) *Legista sine Canonibus parum valet; Canonista sine legibus nihil.* Fagnanus *in cap. Super specula. Ne Clerici, vel Monachi, num.* 30. Lotter. *de Re benef. lib.* 3. *q.*7.*n.*88.

mi tes señalados; de los que nunca quieren salga, como se ha visto, sino en la penuria de Canon, que rara vez sucede; pues la falta de Canon se compensa con interpretaciones ampliativas de otros: pero nunca sin el conflicto de controversias, y dissensiones.

De esta misma estrechèz, en que nuestros Interpretes encierran el Derecho Civil, sin concederle entrada en el Fuero Eclesiastico, se sigue otro caos de incertidumbres, que harà siempre gemir à los litigantes.

Aunque parezca en rigurosa exactitud, que las Audiencias Eclesiasticas no pueden omitir en la práctica de los Juicios la solemnidad introducida por los Canones, y que en el estilo de los procedimientos deban conformarse, en quanto les sea posible, con la Curia Romana, como Madre, y Maestra de las Curias inferiores, y à ella sujetas; es cierto, no obstante, que acostumbrados los naturales del Reyno al orden, y metodo judicial, prevenido en Leyes Reales, y los mismos Curiales; esto es, Jueces, Abogados, Procuradores, Escribanos, y Agentes de las Audiencias Eclesiasticas, instruidos para el exercicio de sus emplèos en las Audiencias Reales, ò practicando al mismo tiempo en entrambas, comunmente siguen en las Audiencias Eclesiasticas la misma práctica en orden al Processo, y estilo judicial, que se sigue en las Audiencias Reales. Lo que parece indispensable, no solo por su acostumbrada habitud, sino tambien por la dificultad que hay de practicar, y acomodar à nuestras cos-

Práctica Judicial, Civil, y Canonica complicada, y sus incertidumbres.

 tum-

tumbres los Canones, que hablan del procedimiento judicial; además de no ser comprehensivos de todo lo que suele acaecer en tales procedimientos, en que la costumbre sirve frequentemente de regla; y sería muy penoso el atarearse à la práctica, y estilo de la Curia Romana, y averiguar en tanta variedad de casos, como suceden en el orden judicial, el estilo de dicha Curia, en que hay tambien no pocas incertidumbres: y ultimamente tanto mas dificil es à los Curiales de nuestras Audiencias instruirse en aquel estilo, quanto ni aun los Abogados de la Curia Romana saben, ò muy poco, de lo perteneciente à la práctica de los Juicios, segun lo assegura un buen, y ocular testigo de dicha Curia (1).

No obstante enseña la experiencia, que el Processo hecho en España, apelado à Roma, vá con mucho riesgo de nulidad: esto es, de que se declare la sentencia, y todo lo hecho, y obrado *in partibus* por inutil. Esto con tanta frequencia sucede, que yá es antiguo proverbio en boca de todos los Curiales Romanos: *Sententia in partibus: luego nula.* Lo que el Cardenal de Luca (2) atribuye al mismo principio de

(1) Card. de Luca *de Judic. disc.* 37. *num.* 22. *Quamvis, inquit, in Advocatis Curiæ, penè nulla, vel nimium modica esse soleat notitia eorum, quæ in praxi consistunt, cum in eis non se ingerant.*

(2) Card. de Luca *loc. cit. n.* 25. *Ordinarii, seu Metropolitani, vel Legati, aliique superiores, vel Judices Ecclesiastici in partibus ægrè ferre solent appellationes ab eorum sententiis, quodque in Curia illa revideri debeant experti fortè, quod, ut plurimum, ob ma-*

de la formacion de los Processos, segun las Leyes, práctica, y estilos de los Tribunales Seculares, sin conformarse con el Derecho Canonico, práctica, y estilo de la Curia Romana. Este mismo aviso nos diò antes Geronymo Gonzalez (1), Autor Español, y Abogado en la Curia Romana, asseguràndonos, que la Rota estima en poco las sentencias, que se pronuncian *in partibus*, à las que regularmente deniega la execucion, aunque conste de cosa juzgada, si no reconoce los Autos, en cuya virtud se dieron.

Es verdad, que la Rota en los Processos, que ván por apelacion à su Tribunal, prudentemente se ha conformado muchas veces con las prácticas de las Audiencias Eclesiasticas de España; y lo hace, segun notò el señor Salgado (2), siempre que se haga constar del estilo de las Curias inferiores, en donde se formò el Processo.

Pero yá se conoce, que para hacer constar la existencia de este estilo, será preciso reconocer las Leyes, y AA. Españoles; lo que no se hará sin dispendio: y si entre nuestros DD.

 no

male servatum ordinem judiciarium, ex eo, quia sequentes stylum Curiarium laicalium, reflectere nolunt ad dispositionem Juris Canonici, vel ad imitandam eam praxim, quam imitari deberent, revocationem pati solent, ex capite nullitatis, adeo ut in Curia per ora practicorum volitet dicterium: Processus de partibus: ergo nullus.

(1) Gonz. *ad Regul.* 8. *Cancel. glossa* 9. *post* §. 1. *in annotation. contra nullitates, num.* 1. *cum seq.*

(2) D. Salg. *de Reg. protect. p.* 3. *cap.* 9. *à n.* 242.

no se halla tocado el punto en terminos precisos, ò no hay uniformidad de sentimientos, ò no se explican con suficiente claridad, lo que acontecerà no pocas veces, ò por otro motivo, que las circunstancias del caso hará presente, y que no se dejará de ponderar para hacer invencible la razon de que en el Fuero Canonico se deba guardar este Derecho; el Processo peligra, debiendo observarse, como general regla, que las Curias Eclesiasticas inferiores deben seguir, en quanto sea dable, la práctica, y estilo de la Curia Romana, como à su Metropoli (1). De donde proviene las frequentes declaraciones de nulidad del Processo, de que el mismo Cardenal nos avisa.

En esto se puede echar de vèr la misera suerte de los litigantes, que haviendo con mucho trabajo, y expensas conseguido sentencia favorable en el Reyno, luego que apelada la sentencia llega à Roma el Processo, la pronuncian nula, teniendo que renovar el pleyto, para experimentar nueva fortuna, con nuevos, y crecidos gastos, y molestias en un Tribunal tan distante. El que ignore à quánto suban

(1) Card. de Luca *d. disc.* 37. *num.* 20. *Ex consueto errore procedendi cum stylis, & cum praxi Tribunalium, seu Curiarum Sæcularium, non advertentes, quod ipsi (Judices Ecclesiastici) regunt forum Ecclesiasticum, ideoque procedere non debent cum Jure Civili, seu laicali, communi, vel particulari, sed cum Jure Canonico, atque, quantum fieri potest, se conformiare cum praxi Curiæ Romanæ, utpote eorum Metropolita, & in qua in gradu appellationis agendum est de confirmatione, vel infirmatione eorum, quæ ab ipsis gesta sunt.*

ban estos gastos, no le será dificultoso hallar experimentados en propias causas, que le digan lo que en esto hay.

Tambien se puede echar de vèr la materia, que encuentra para saciarse la humana malicia. Pues el litigante injusto puede muy confiadamente esperar, no solo el que se deniegue execucion à la sentencia, que contra èl se diò en las Audiencias Eclesiasticas del Reyno, sino tambien el que se revoque por nulidad del Processo, aunque substancialmente sea justa, y haya passado en juzgado. Y assi, à falta de otro Derecho, halla modo con que afligir à su contrario, para que ceda à lo menos à una composicion lucrativa. Todo lo que sería evitable, haviendo en España un metodo fijo, constante, y comprehensivo del orden judicial, que se observasse en todos sus Tribunales, Eclesiasticos, y Seculares.

Essencion de personas, y negocios Eclesiasticos de las Leyes, y Estatutos Civiles.

La mas notable estrechéz, que sufre el Derecho Civil, y que ocasiona muy incomodas incertidumbres en el orden público, es la essencion de las personas Eclesiasticas, tanto de las Leyes Reales, como de los sanos, y convenientes Estatutos de los Pueblos. Es facil concebir la alteracion, que en este punto deba causar qualquier incertidumbre en la Sociedad; pues componiendose ésta de personas de los dos estados, con direccion al bien comun, de que todos sus miembros participan, debe la comun utilidad padecer mucho, conduciendose por ideas diferentes.

Siendo el estado Eclesiastico miembro tan

principal de eſta Comunidad, no debe repu-tarſe eſtraña ſu ſujeccion à las Leyes Civiles, cuya obligacion debiera conſiderarſe tanto mas grave, quanto ſon las perſonas, que ſe llevan las mayores atenciones en los Pueblos, y cuyo eſtado de perfeccion, y ſantidad debe zelar, mas que otros, el bien público.

No ſe duda comunmente de eſta obligacion: toda la dificultad eſtá en el modo. Sin profundar en lo interior de las diſputas, que en eſte aſſunto ſe vèn entre los DD. ſolo notarè lo que ſea neceſſario, para proponer con claridad una idea de eſta incertidumbre, y ſus conſequencias.

Fuerza directiva, y coactiva en las Leyes.

Dos fuerzas de obligacion conſtituyen en las Leyes los DD. Una *directiva*, por la que todas las partes, y miembros de un Pueblo ſe vèn preciſados á obedecer las juſtas providencias, que el Principe, à quien pertenece el cuidado del bien comun, toma à eſte fin, promulgandolas ſegun el ſér, y ſolemnidad de Leyes. Otra *coactiva*, por la que los que reſiſten al obedecimiento de la Ley ſon compelidos à ello con la pena por la miſma Ley impueſta à los contraventores, ò que el Juez, ſegun las circunſtancias de la contravencion, arbitráre imponer.

Leyes Civiles ſolo obligan à los Eclesiaſticos en quanto à ſu fuerza directiva.

Supueſto que la Ley Civil ſea juſta en materia neceſſaria, y promulgada para todo un Pueblo, ò Provincia, en coſa comun à los dos eſtados Secular, y Ecleſiaſtico, y en cuya obſervancia no hay indecencia, ni injuſto gravamen en las perſonas de eſte eſtado; convienen

co-

comunnmente los DD. obliga à los Ecleſiaſticos en quanto à ſu fuerza *directiva*; aunque no en quanto à la *coactiva*: eſto es, conſtituye en la conciencia de los Ecleſiaſticos obligacion de obſervarlas; ſin que, no obſtante, faltando à ellas, puedan ſer compelidos, por la miſma poteſtad, como à tranſgreſſores. (1)

Incertidumbres ſobre ſi eſta fuerza directiva obre directè, ò indirectè.

Sin embargo del comun acuerdo de los DD. en lo que acabamos de referir, aùn ſe buelve entre ellos à diſputar, con muy reñida controverſia, ſi eſta obligacion, y fuerza directiva en la Ley ſea *directa*: eſto es, derechamente comprehenda à los Ecleſiaſticos; ò ſea *indirecta*: eſto es, que derechamente comprehenda à los Legos, y ſolo indirecta, ò obliquamente à los Ecleſiaſticos, como partes, y miembros de la República ſubdita à la Ley.

Algunos graves DD. no reconocen eſſencion alguna en los Ecleſiaſticos de las Leyes Civiles, en quanto à ſu fuerza de direccion; y ſe perſuaden, que en el Principe reſide en lo directivo, reſpecto de los Ecleſiaſticos, la miſma juriſdiccion, que reſpecto los Seculares; y por conſiguiente afirman, que la obligacion de la Ley Civil en los Ecleſiaſticos, en el modo dicho, es directa. (2) Eſta doctrina pa-

(1) Villarroel *Gobierno Ecleſiaſtico, part. 2. quæſt. 12. art. 5. à num. 31. DD. in cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ 10. de Conſtitutionibus.*

(2) Caſtro Palao cum pluribus *Oper. Moral. tractat. 3. diſput. 1. punct. 24. §. 6. num. 6.*

parece en todo concordante con las Santas Escrituras, y Sagrados Canones (1).

Otros, no obstante, no se acomodan con este dictamen, y quieren que las Leyes Civiles no obliguen à las personas Eclesiasticas sino indirectamente, y en quanto dicta la razon natural que una parte de una Comunidad se conforme al todo. Y aunque en una, y otra sentencia se reconozca obligacion en los Eclesiasticos de conformarse con las Leyes Civiles, hay mucha distancia en el modo de esta obligacion, y mucha disformidad en las conclusiones prácticas, que de una, y otra sen-

(1) *Omnis anima sublimioribus potestatibus subdita sit: non enim est potestas, nisi à Deo, quæ autem sunt, à Deo ordinata sunt. Itaque qui resistit potestati Dei ordinationi resistit .... Ideoque necessitate subditi estote, non solum propter iram; sed & propter conscientiam.* Apostol. ad Roman. 13. & ad Titum 3. *Admone illos Principibus, & Potestatibus subditos esse dicto obedire, ad omne opus bonum paratos esse.* B. etiam Petrus 1. cap. 2. *Subjecti igitur estote omni humanæ creaturæ propter Deum: sive Regi tanquam præcellenti, sive Ducibus tanquam ab eo missis, ad vindictam malefactorum laudem vero bonorum, quia sic est voluntas Dei, ut benefacientes, obtumescere faciatis imprudentium hominum ignorantiam.* B. etiam Ambrosius relatus *in cap. Magnum, cap.* 11. *q.* 1. *Magnum quidem, inquit, est, & spirituale documentum, quo Christiani viri sublimioribus potestatibus docentur debere esse subjecti, ne quis constitutionem terreni Regis putet esse solvendam.* Et Pelagius Papa relatus *in cap. Satagendum* 10. *cap.* 25. *q.* 1. pariter ait: *Satagendum est, ut pro auferendo suspicionis scandalo, obsequium confessionis nostræ legibus, (alit Regibus) ministremus, quibus nos subditos esse, Sacræ Scripturæ præcipiunt.*

sentencia se deducen. Y el orden, y bien público tanto adelanta en la primer opinion, como tiene riesgo de turbarse en la segunda.

Efectos de la obligacion directa.

Si la obligacion de la ley Civil es directa, immediatamente estimúla la conciencia del Eclesiastico, no pudiendo menos que reconocerla como superior, à cuya obediencia no puede faltar sin transgression. Y entendida en este sentido la fuerza directiva de la Ley, y en el mismo modo practicada por los Eclesiasticos, no es de echar menos la fuerza coactiva, ni la uniformidad, y tranquilidad pública pierde en ello alguna cosa; pues la Ley, en quanto à su coaccion, solo habla con los transgressores, no con las personas en todo dispuestas á su observancia, como se presumen los Eclesiasticos; en cuyo sentido tambien dijo el Apostol (1), que la Ley no estaba impuesta à los justos, sino à los injustos. Solo resta, que la experiencia corresponda en los Eclesiasticos à la esperanza, que se debe formar de su estado.

Efectos de la obligacion indirecta.

Si la obligacion es solo indirecta, no reside immediatamente en la Ley la razon de obligar, sino en la conformidad, que deben tener las partes, ò miembros de la República con el todo. Esta obligacion será mas, ò menos grave, segun mas, ò menos deformidad natural se conciba en la no uniformidad de las partes

(1) *Sciens hoc, quia lex justo non est posita, sed injustis, & non subditis, impiis, & peccatoribus, sceleratis....* 1. ad Timoth. cap. 1. v. 9.

tes con su todo, dependiendo mucho del Concurso de las circunstancias extrinsecas, y del concepto, que el mismo Eclesiastico haga de ellas (1).

Incertidumbre de otro expediente en el assunto.

Pareciò à otros DD. hallar mejor expediente en esta dificultad, diciendo, que las Leyes Civiles tienen la razon de obligar à los Eclesiasticos en la tacita aprobacion de la Iglesia, y del Papa, como su Cabeza. Si esta doctrina se entiende extensivamente de que toda Ley Civil, promulgada segun la justicia, que dejamos propuesto, tiene su aprobacion por la Iglesia, para obligar á las personas Eclesiasticas; poco defiere en quanto al orden público de la doctrina, que conoce obligacion directa en las Leyes. Pero si dicha doctrina se limita solo à aquellas Leyes, de que el Papa se presume tener noticia, como las del Derecho Comun; no de las Leyes particulares de cada Reyno, ò Provincia, de quienes, como no puede presumirse tener Su Santidad noticia, tampoco pueda inferirse su aprobacion; entonces es esta doctrina la mas incierta, que pueda proponerse en el assunto (2).

Essencion de los Estatutos de los Pueblos, y su incertidumbre.

La misma resistencia, que hallan las Leyes Civiles, quando se trata con personas Eclesiasticas, experimentan los Estatutos de los Pueblos, ocasionando las mismas, y aun peores incertidumbres. Aqui buelven las dificultades so-

(1) Vide cum aliis La-Croix *Theol. Moral. lib.* 1. *quæst.* 107. *n.* 678. Remiss. Barbosa *in cap.* 12. *de Probat. n.* 3.

(2) P. Suarez *de Legib. lib.* 3. *cap.* 34. *n.* 13. & eum referens Villarroel *loc. nup. cit. à n.* 36. D. Vela *dissert.* 45. *n.* 43.

sobre su fuerza directiva, ò coactiva, causando en el progresso del bien comun los mismos estorvos.

La regla general de nuestros Interpretes es, que los Estatutos de los Pueblos no tienen fuerza en personas, y bienes Eclesiasticos, una vez que no estèn confirmados por el Sumo Pontifice, con confirmacion, no como quiera, sino en forma expecifica (1).

Esta no obligacion de los Ecclesiasticos en observar los Estatutos de los Pueblos, solo tiene efecto, segun nuestros Interpretes (2), de que los tales Estatutos no le sean nocivos; pero de ningun modo tienen el que dejen de aprovecharse de ellos quando les sean favorables; porque el carácter Eclesiastico no les extrahe de ser Ciudadanos, y partes de la República, para que dejen de gozar de las utilidades comunes, y deban ser de peor condicion, que los Legos.

Con dificultad convienen otros en esta conclusion, no pudiendo percibir cómo esta civilidad pueda producir tan diversos efectos, y que los Eclesiasticos puedan ser Ciudadanos quando quieran, y dejen de serlo quando les parezca. Y asi hallan mas conforme à debito de justicia, que eximiendose los Eclesiasticos de lo que los Estatutos Laicales contengan de penoso, tampoco pueden pretender lo que atrahen de favorable; siendo dictamen de la ra-

(1) *Ex cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ* 10. *de Constit.* ubi DD.

(2) Card. de Luc. *de Dote, disc.* 22. *n.* 16. *&* 17.

razon natural, que deban ser participantes del consuelo los que lo son de la afliccion; y quien comunica en las comodidades, deba participar de los incomodos (1).

Estatutos de Policía economica.

La turbacion de la República en la desigualdad de obligacion de sus miembros en seguir las reglas de su gobierno, parece mas sensible en aquellas que miran mas immediatamente à la policía economica, como lo perteneciente al reglamento de peso, y medida, precio de granos, viño, aceyte, y otras cosas vendibles: lo tocante à precaver su extraccion, y proveer à su abundancia: prohibicion de reventa, y comercio de pan, trigo, cebada, y centeno, (2) en que muchos DD. movidos del bien general, se explican en un modo, que no parece favorecer la libertad de los Eclesiasticos (3).

Otros, no obstante, son immutables en su systéma de absoluta libertad, y solo reconocen en los Eclesiasticos la obligacion, que el Derecho Natural, y Divino les impone de arreglarse à lo justo (4). Y como no sea posible bor-

(1) *Sicut socii passionum estis, sic eritis, & consolationum.* I. ad Corinth. cap. I. *Secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. Leg. Secundum naturam* 10. *ff. de Regul. juris*, Bovadilla *Politica lib.*2. *cap.* 18.*n.* 308. Salcedo *Pract. Crimin. cap.* 55. *vers. Sed ut.*

(2) *Leg.* 19. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recopil.*

(3) Morla *Empor. p.* 1. *tit.* 1. *quæst.* 16. *à n.* 15. Fontanel. *decis.* 495. *&* 515.

(4) Barbosa *in cap.* 12. *de Probat. n.* 3. *& in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ* 10. *de Constitution. n.* 4. Salcedo *d. cap.* 55. *vers. Non tamen.*

borrar de las imaginaciones de los hombres las razones de dudar, fi el Eftatuto, ò Ley eftá arreglado al Derecho Natural, y Divino, dependerá la obligacion del Clerigo del concepto, que èl mifmo haga de fu jufticia, en que ferá dificultofo, que todos fe conformen, y fiempre quedarà fin vigor la Ley, y Eftatuto en quanto à los Eclefiafticos, quienes cumpliendo en lo interior con el dictamen de fus conciencias, fegun la eftrechéz, ò enfanche de cada uno, quedan feguros, que la tranfgrefsion no les atraherá en lo exterior la pena à que eftán fujetos los Legos.

Exemplo de efta incertidumbre.

Un exemplo, baftante vulgar, è inteligible, nos dará la prueba de la turbacion, que en el bien comun caufa la incertidumbre de efta effencion.

Suelen los Pueblos tener ciertos Eftatutos, obfervancias, y coftumbres, para preservar fus Deheffas, Prados, Viñas, y otras heredades del daño, que en fus frutos, y producciones hacen las beftias, y ganados, por los que conftituyen ciertas penas contra los dueños de los tales animales, que hagan daño. Parece no puede dudarfe de la fuma jufticia de femejantes providencias; que por lo mifmo, y mirada la utilidad comun, mereciò la Real aprobacion (1), mandando fe obferven por los Legos, y Clerigos, con facultad de facar prendas à unos, y otros en feguro de la pena del Eftatuto.

Por

(1) *Leg.* 12. *tit.* 3. *lib.* 1. *Recopil.*

Por mas clara que sea en este, y semejantes casos la utilidad pública, sensible el interès de entrambos estados, y manifiesta la Real aprobacion, nada de esto ha detenido à varios Interpretes para eximir à los Eclesiasticos de tales Estatutos, no escusando à los Jueces Seculares de incursion en excomunion, y otras penas canonicas, una vez que por sì mismos procedan à hacer efectiva la pena del Estatuto en los bienes de los Eclesiasticos (1); precisando à los damnificados à recurrir à los Jueces Eclesiasticos, no à repetir la observancia, y pena del Estatuto, sino el daño; ò por mejor decir, pretendiendo queden los Eclesiasticos essentos de pagarlo: pues rara vez se hallará quien quiera hacer recurso à las Audiencias Eclesiasticas, en donde (además de estár regularmente distantes de los Lugares en donde sucediò el daño) se procede con la lentitud que todos saben, y en donde es facil eternizar qualquier Expediente; y quando menos, es seguro se gaste en la dependencia mas que el interès principal.

Incertidumbres de algunas cautelas por los DD. en el propuesto exemplo, para conseguir de los Eclesiasticos la observancia del Estatuto, sin embarazarse con sus personas.

Quánta incertidumbre, y perplexidad haya en esto, se percibe bien por la variedad de cautelas, que en este mismo proposito se vieron precisados nuestros Interpretes à discurrir, como medios para conseguir pacificamente el fin del Estatuto, sin incursion en las censuras, que los Jueces Eclesiasticos jamàs son escasos en fulminar (2).

Una

(2) Barb. *in c.* 10. *de Const. n.* 6. | (2) Vide Fontan. *decis.* 514

Una es retener los animales, que hacen el daño, para que ellos mismos lo paguen en su estimacion, seguros de que estos no declinarán la jurisdicion Secular. (1) Pero esta cautela, que tanto unos Interpretes aprecian, otros desprecian; porque el animal, dicen, es incapáz de parecer en juicio, y de defenderse; y asi no puede contra èl darse sentencia (2).

Cautela primera.

Lo cierto es, que quando esta cautela sirva contra la excomunion *à jure*, no sirve contra la excomunion *ab homine*; porque quando sucede este caso, los Eclesiasticos, viendo sus ganados retenidos, no se descuidan en solicitar Despachos con censuras de su propio Juez, y el miedo del cuchillo espiritual suele conseguir la libertad à sus prisioneros. Alguna vez, no obstante la tenuidad del interès, se encienden los animos à una costosa porfia de competencia de jurisdicion, como las que refieren Gutierrez, Acevedo, Hermosilla, Carleval, Fontanela (3), que tuvieron sus decisiones en las Reales Chancillerìas de Valladolid, y Granada, y Real Audiencia de Barcelona.

Para evitar estas contiendas, hallan otros por mas seguro proceder contra los Pastores por el descuido que han tenido en guardar los ga-

Cautela segunda.

(1) Gutierr. *lib.* 1. *Practic. quæst.* 4.

(2) Barbosa *in cap.* 10. *de Constitution. n.* 10.

(3) Gutierrez *dict. lib.* 1. *Practic. quæst.* 4. Acevedo *in leg.* 12. *tit.* 3. *lib.* 1. *Recopil. num. fin.* Hermosilla *in leg.* 3. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 1. *num.* 69. Carleval *de Judiciis, tit.* 1. *disp.* 2. *num.* 157. Fontanel. *decis.* 514.

ganados (1). Este arbitrio expone à menos gastos; pero ni es practicable en todos parages, pues no en todas partes, ni siempre hay Pastores de guarda, ni regularmente son de un abono suficiente para pagar sus descuidos.

Cautela tercera.

Discurrieron otros prohibir el pasto à las reses de los Eclesiasticos hasta que estos dèn fianza lega de pagar los daños, que por los tales animales se ocasionaren (2). Esta cautela, que tiene apariencia de la mas segura, halla mucha dificultad en la práctica; y entre otras no es la menor, que el modo de prohibir el pasto à los ganados, es cogerlos, y retenerlos; en cuyo caso buelven las dificultades de la primer cautela, que expone à los Pueblos, y Jueces Seculares al rayo de la excomunion.

Es deplorable, que la justicia no se haga accessible, sino con semejantes cautelas, y sendas tan tortuosas; y que no se halle modo de concordar los dos estados en medios seguros, para que la justicia sea rectamente administrada, sin las turbaciones, que ocasionan tales ardides, yá probados, yá reprobados, segun variedad de opiniones.

Essencion de providencias Civiles, y su incertidumbre

A los Estatutos de los Pueblos podemos juntar aquellas saludables providencias, que suelen tomar, en orden al bien universal, en que igualmente se interessan Eclesiasticos, y Seculares, como el adorno, asseo, y limpieza de las calles, en que habitan, reparo de fuen-

(1) Fontanela *dict. decis.* 514.

(2) Balmaseda *de Collect. q.* 19. *n.* 23.

fuentes, puentes, y calzadas comunes, cuſtodia de montes, boſques, viñas, precauciones contra la langoſta, y otros inſectos nocivos à los frutos, y mas diſpoſiciones de eſte orden de la miſma comun utilidad (1), en que la razon, y derecho natural eſtà tan deſcubierto, que no puede dejar lugar à los Ecleſiaſticos de diſpenſarſe de ſu obſervancia, y de la contribucion, que ſegun ſu interès les correſponda, aunque no conozcan otra poteſtad para obligarlos. Pero por mas conſtante que en lo general ſea la obligacion de los Ecleſiaſticos en concurrir de ſu parte à eſtas públicas utilidades, ſiempre hay en los caſos particulares graviſsimas diſputas, ocaſionadas de las diſſenſiones de los Interpretes (2), con diſtinciones ſutiles entre la contribucion, que ſe dirige primariamente à la utilidad de los particulares Ecleſiaſticos, y Legos; y la que primariamente mira à la utilidad comun, aunque de alli recayga, ò ſe derive en los particulares de entrambos eſtados, para que en el primer caſo deban contribuir igualmente con los Legos, y en el ſegundo ſolo verificada impoſsibilidad moral en eſtos.

Y quando en el caſo particular, veſtido ſegun todas ſus circunſtancias, no quede en que dudar ſobre la obligacion, como no en todos

I 2 los

(1) Vide Bovadilla *Politica lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 273. D. Gonzalez Tellez *in cap. Non minus* 4. *de Immunt. Eccleſ. num.* 14.

(2) Vide DD. *in d. cap. Non minus*, ubi D. Gonzalez *numer.* 14.

los Eclesiasticos hay la sanidad de intencion, que se debe desear, y que ojalá fueran mas raros los exemplos, que confirman aquel infame epiteto *genus avarissimum*, que algunos han merecido (1), y por lo mismo, necessitandose via de compelo para la contribucion, aún resta mucha incertidumbre sobre el modo, y competencia del Tribunal, que deba compeler los que reusan, ò se muestran tibios en concurrir à este bien comun. Reconociendo algunos Interpretes potestad en la mano Real de hacer en algunos casos efectiva esta obligacion en los bienes de los Eclesiasticos, cuyo sentimiento favorecen las Leyes Reales (2); y otros, no hallando modo compulsivo sino en la potestad Eclesiastica, mormurando contra aquellas Reales disposiciones, meditadas con la mas profunda reflexion por Professores peritissimos en las Sagradas Letras, y entrambos Derechos, que las dictaron despues de muy madura deliberacion (3): de que nacen largos, costosos, y dificiles pleytos con incidentes perniciosos, con que se turba la paz, se retarda el bien comun, y estas inquietudes dejan como impresso en los animos un horror à semejantes contiendas en lo venidero, aun en los casos mas corrientes, de tratar sobre tan saludables observancias, con lo que el

(1) Bovadilla *Polit. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 309. Niger *de Laudemio, quæst.* 4. *art.* 4. *n.* 19.

(2) *Leg.* 19. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recopil. leg.* 11. & 12. *tit.* 3. *lib.* 1. *Recop.*

(3) Vide D. Castillo *de Tertiis, cap.* 9.

el bien, è interès comun queda sin remedio.

Hasta aqui me ha trahido el enlace de los dos Derechos Civil, y Canonico, de que en el ingresso de este Discurso propuse tratar, y que no proseguirè por ahora mas; pues demostrada la raiz universal, bien se pueden conceptuar las incertidumbres, que deba producir en los casos particulares. Pero no será fuera de proposito digamos alguna cosa del estudio, que del Derecho Canonico se hace en las Escuelas. Despues que los estudiosos tomaron una buena indicacion del Derecho Cesareo, si su inclinacion, ò facilidad de sus comodidades los llama à la Iglesia, hacen por lo regular un muy superficial estudio de Canones. Este se reduce principalmente à la lectura, mas, ò menos reflexionada, segun la aplicacion del sugeto, de alguna Suma, ò Compendio sobre las Decretales de Gregorio IX. contentandose, por mucho adelantamiento, con saber la aparente oposicion de algunos textos de dichas Decretales, y de los otros cuerpos de Derecho Canonico, y Romano, y los modos de conciliarlos, con lo que se habilitan para trabajar algunas lecciones, que llaman de puntos; y se reducen, segun estilo moderno, à una combinacion de textos regularmente antiquados, ò sin uso, que parecen opuestos, ò se fingen tales, que es quanto necessitan para ser creados Doctores, y hacer Oposiciones à Prebendas; lo que hacen tanto mas facilmente, quanto con una media docena de lecciones (que llaman, y con razon, de

Estudio del Derecho Canonico.

alforja, porque en ella las ſuelen traher los Opoſitores del todo preparadas) tienen lo ſuficiente para leer ſobre alguno de los textos, que pueden eſcoger entre los que caen en los tres piques, que ſe dán en los libros de dichas Decretales; ſin cuidar mucho ſi la lectura viene, ò no viene al texto, como haya alguna apariencia de ello; y lo que hace mas al caſo, buena ſatisfaccion en el Opoſitor, para que ſobreſalga una plauſible exterioridad. Comunmente poco hay que rezelar en el Concurſo, cuyas atenciones (aun de la mayor parte de aquellos à quien toca decidir ſobre la idoneidad del ſugeto) ſolo ſe dirigen al ayre exterior, ſin poder penetrar mas adentro.

El que no tuvieſſe aùn habilidad para hacer eſte genero de lecciones, ſi no deſconfia de ſu memoria, no tiene que afligirſe, y aun le ſale mas barato, uſando de otras, que hay del todo preparadas manuſcritas, è impreſſas. Saliendo bien de la lectura; eſto es, no enmudeciendo en la Cathedra, hablando en latin bueno, ò malo, los argumentos que ſe ſiguen de los Coopoſitores, como pequeñas tempeſtades, al ſonido de confuſas voces ſe diſſuelven; y el exito mas honroſo con la mayor parte de los aſsiſtentes ſuele ſer de aquel, à quien la naturaleza diò voz mas ſobreſaliente. Tambien ſe eſtila la relacion, y defenſa de un pleyto, ò una mera ceremonia de exercicio practico. Si ſe logra el tiro de la pretenſion, ſe facilita un perpetuo deſenfado de las eſpinoſas tareas de Juriſprudencia, y una diſ-

po-

posicion para superiores conveniencias.

Como haya la capacidad, y corto estudio, que se necessita para el lucimiento en semejantes actos, es para quanto se creen servir las Escuelas; y sin ellas tambien se suele adquirir esta gran literatura. Esto no es decir, que en las Escuelas no haya hombres verdaderamente literatos, y que las Iglesias no premien muchas veces con sus rentas el merito de una consumada literatura, que acontece concurrir entre los Opositores, y solo es referir el regular producto de las Escuelas.

No se hace cuenta en ellas (y rara vez despues) de serio estudio en la Historia Eclesiastica, y Concilios, sin lo que todo estudio de Canones no es mas que cargar la memoria de un monton enorme de Decretos, sin la conveniente, y razonable critica para discernirlos, ni poder entender la ligacion, que tienen entre sì, ni los motivos, que han dado causa à su establecimiento, ni las razones por que el tiempo hizo variar su decision, ni el origen de diversidad de costumbres en diferentes Iglesias, que han motivado diversidad en los Estatutos, ni ultimamente se pueden hacer cargo del espiritu, que anìma las determinaciones de los antiguos Padres de la Iglesia, ni lo que puedan conducir para la práctica. Verdadero estudio de Canones.

Tampoco se hace cuenta de otro estudio, menos en verdad deleytable, pero màs lucrativo, que el precedente: esto es, de Canones prácticos; quiero decir, de aquellos, que actualmente tienen exercicio en los Tribuna- Estudio Practico-Canonico

 les.

les. Pero à la verdad, de eſtos Canones, no ſolo faltan libros metodicos, mas aun diſperſos no ſe encuentran, ſin mucha dificultad, y trabajo, dependiendo de Conſtituciones de los Sumos Pontifices, de las que hace yá cerca de treſcientos años no ſe inſertò alguna en los cuerpos de Derecho Canonico, que ſe explican en las Eſcuelas: de Declaraciones de la Sagrada Congregacion de Cardenales: de deciſiones modernas en multitud de caſos, que ò no la tienen por Derecho, ò la tienen dudoſa por ſu variedad. Todo lo que es preciſo indagar entre infinidad de libros con mucha fatiga, y trabajo, además del mucho coſte que tienen, y que no todos pueden ſoportar.

Todo eſte eſtudio ſe reſerva para la práctica: eſto es, para aquel tiempo, que ſe exerce la profeſsion, ò como Abogado reſpondiendo à los Conſultantes de ſu juſticia, ò como Juez decidiendo por ſentencia los caſos controvertidos: y eſtos empleos, que ſuponen al ſugeto inſtruìdo en lo perteneciente à ſu profeſsion, vienen à ſer las Eſcuelas, en que principian à inſtruirſe del verdadero Derecho practicable, para que no haya que admirar de los conſejos tan disformes, y que coſtoſamente pagan los litigantes, y de las moleſtias que reciben con indiſcretas, y no pocas veces irriſorias ſentencias, viajando con recurſos à los Tribunales Superiores, tanto Ecleſiaſticos, como Seculares, en donde frequentemente ſe declaran por violentos los procedimientos de aquellos.

Los que deſpues de los Curſos en las Uni-

versidades no exercitaron emplèo, que les obligasse à este estudio, son en la Facultad Canonica lo mismo que hemos dicho de los Professores del Derecho Romano, que no hicieron ulterior estudio en las Leyes del Reyno; pues al modo que estas son el complemento del estudio Civil, lo son tambien del Derecho Canonico las Constituciones, y decisiones modernas, que andan dispersas fuera del cuerpo de los Canones; (aunque con la diferencia, que las Leyes Reales se hallan mas unidas, su certeza mas segura, y su adquisicion mas facil) por lo que al modo que el Professor en Derecho Cesareo en Universidad, sin ulterior estudio del Derecho Real, debe quedar para bien de la Republica en perpetua inaccion; assi tambien el Professor de Canones en Universidad, sin ulterior exercicio para bien de la Iglesia.

Utilidad del estudio Escolastico.

Sin embargo, por superficial que sea el estudio, que de los Canones se hace en las Universidades, conduce muchissimo para la práctica; y son sin comparacion mas deplorables aquellos Jueces, y Abogados, que nunca hicieron otro estudio sobre los Canones, mas que el que les motivò la casualidad de dár expediente à los casos ocurrentes, de quienes es facil inferir quánto de ello se deba esperar.

DIS-

DISCURSO III.

REFLEXIONES GENERALES sobre el Derecho Real.

ES consiguiente hablemos de las incertidumbres en general de nuestro Derecho Real, no yá complicado con el Romano, y Canonico, como en los Discursos precedentes, sino considerado en sì mismo; para lo que debemos acordarnos de las partes de que se compone, y hemos referido en su Historia. Como este Derecho no nos toca tan immediatamente, es justo el que nuestras reflexiones, aunque generales, particularicen mas las materias.

Què partes de Derecho Real tengan autoridad de Ley.

Pareciera increible, si no se experimentára, el que no estemos fixos del grado de autoridad, que tengan estas diversas partes de Derecho. No hablarèmos del Derecho Gothico, ò Fuero Juzgo, yá enteramente desusado, en lo que no se renovò despues por Leyes particulares.

Si atendemos à la Prefacion de la Nueva Recopilacion, parece, que solo tres diferencias de Leyes tienen autoridad en este Reyno; es à saber, las de la Nueva Recopilacion, las del Fuero Real, y las de las Siete Partidas: mas con esta diferencia, que la autoridad de las Leyes recopiladas es absoluta, y de primer orden; pero las del Fuero, y Siete Partidas gozan solo de autoridad subsidiaria, ò en defecto de

Ley,

Ley recopilada, segun el orden, y casos prevenidos en la Ley primera de Toro, tambien recopilada (1), à que es referente dicha Prefacion.

De que se sigue, que los libros de Ordenamiento Real no tienen yá autoridad de Ley, como ni la tienen otras Leyes particulares, antes, y despues de dicho Ordenamiento promulgadas, y no inclusas en la nueva Coleccion. Además de ser esto claro por la dicha Prefacion, lo siente assi el señor Olea, y señor Larrea (2), y los DD. mas classicos. Incertidumbre de autoridad del Ordenamiento Real.

No obstante, es bien comun entre los Interpretes tratar del Ordenamiento Real, como de Leyes de viva observancia. Y huvo quien las expuso con largos comentarios despues de impressa la Recopilacion Nueva. (3). Y aun actualmente se alegan, no solo en comprobacion de las recopiladas, sino como decisivas de algunos casos particulares, no comprehendidos en aquellas; y no solo esto, sino que por las Leyes del Ordenamiento Real se interpretan, restringen, y amplian las de Toro; y recopiladas aun en assuntos en que estas hablan con la mayor precision, y claridad.

Sirvame de exemplo en este assunto una bien conocida Ley de Toro, que expressamente dispone, que la accion, ù obligacion per- Exemplo.

(1) *Leg.* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop.*

(2) D. Olea *de Cession. tit.* 2. *quæst.* 4. *addic. post n.* 51. *num.* 4. D. Larrea *allegat.* 37. *num.* 4.

(3) Doct. Didacus Perez.

personal se prescribe por veinte años, y no menos (1). Esto es, que si uno debe à otro por obligacion personal cien doblones v. g. y el acreedor no pide en veinte años, le obsta este largo silencio, concurriendo las mas circunstancias de la prescripcion para pedir esta deuda. En este mismo caso una Ley del Ordenamiento Real havia señalado por termino de esta prescripcion solos diez años (2). Parece conforme à lo que llevamos dicho de la autoridad de las Leyes Reales, que la del Ordenamiento fuè derogada por la de Toro. Y por consiguiente debiamos afirmar, que ninguna obligacion personal puede yá prescribirse por menos tiempo que veinte años, como lo sienten graves DD. No obstante, Antonio Gomez, (3) Autor, cuya comun reputacion le ha grangeado el nombre de Maestro, y en cuyas Obras los iniciados en el Derecho Real suelen hacer un serio estudio, assegura, que estas dos Leyes deben conciliarse de un modo, que la posterior no derogue à la primera, y entrambas subsistan en diversos casos; los que este Autor facilmente halla, diciendo, que el menor termino de diez años proceda quando la obligacion se contiene en alguna cedula, ò papel simple; y el termino de veinte años quando de la tal obligacion hay Escritura pública; con lo que iguala en autoridad las dos Leyes, fin-

(1) *Leg.* 63. *Tauri*, *sive* 6. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.*

(2) *Leg.* 3. *tit.* 13. *lib.* 3. *Ordinam.*

(3) Anton. Gomez *in leg.* 63. *Tauri*, *n.* 2.

fingiendo à cada una diverso caso. Este modo de conciliaciones es muy comun en nuestros Interpretes, aun con Leyes de menor autoridad para con nosotros, que las del Ordenamiento Real; como son las Cesareas, para de todas hacer un compuesto ininteligible, sin determinacion autoritativa, en que debamos fijarnos.

Graduacion autoritativa entre las partes del Derecho Real.

En quanto al orden que se deba seguir entre las Leyes Reales, y què preferencia tengan unas sobre otras, tambien está dada regla cierta en dicha Prefacion à la Nueva Recopilacion, referente à la citada primer Ley de Toro: segun la que las recopiladas no ceden su autoridad à otra alguna anterior, se siguen las del Fuero, en lo que en cada lugar se acostumbraron usar, y nada mas. En defecto de éstas, tienen cabida las Leyes de las Siete Partidas.

Por mas que este orden sea claro, aun no está sin confusion en nuestros Interpretes, anteponiendo el citado Maestro Antonio Gomez las Leyes de las Siete Partidas à las del Fuero. (1) La autoridad de este Escritor es en esta parte tanto mas perjudicial, quanto mas venerada; y aquellos, que mas oyen à los Interpretes, que à las Leyes (lo que es muy comun) se hallan en estado de disputar eternamente sobre la autoridad, y graduacion de las Leyes del Reyno.

Hablarèmos ahora separadamente de estos tres

(1) Anton. Gomez *in leg.* 1. *Tauri*, *num.* 1.

tres cuerpos de Leyes Reales de autoridad conocida: esto es, de la Nueva Recopilacion, Fuero Real, y Siete Partidas.

Nueva Recopilacion.

Y en quanto à la Nueva Recopilacion, no parece tenga cosa, que en general resista à su autoridad, sino el tiempo, que todo lo pierde, y destruye: quiero decir, el no uso, è inobservancia; ò por hablar mas propiamente, la contraria costumbre en muchas de sus Leyes. Pero siendo la costumbre una especie de Derecho, que se llama no escrito, de ella hablarèmos en un Discurso separado, à cuyo tiempo tambien dirèmos quánto sea su valor contra las Leyes recopiladas. Dejando, pues, estas, que son las de primer orden, passemos à las del Fuero, que ocupan el segundo.

Autoridad de las Leyes del Fuero pende de la prueba de su observancia.

Estas, como hemos dicho en su Historia, solo tienen fuerza de Leyes en quanto tengan observancia en los Lugares en donde se alegan. Debieran tener estas Leyes la especialidad de no necessitar de Interprete, pues recibiendo todo su sér de la costumbre, segun la extension de ésta, assi debia ser la de la Ley, como juiciosamente lo notò el señor Galindo (1). Pero no solo tienen, como todas las demás, sus Interpretes, que difusamente las explican, sino tambien, que mas que otras exponen à mayores precipicios, gastos, y molestias.

Incertidumbres de esta prueba.

Pues què mayor molestia, que quedar la autoridad de estas Leyes subordinada à la prueba, que se haga de su observancia? En que en-

(1) D.Galind.Phœnic.*lib.*1. | *tit.*1.§.1.*prop. & gloss.* 3.

entran tanta variedad de dificultades, como es, à cuyo cargo estè esta prueba: si incumba al que alega la Ley, ò à aquel contra quien se alega. El primero funda su intencion en la Ley, y dice, que à su contrario incumbe el probar no tiene observancia. El segundo se defiende, alegando, que la Ley del Fuero tanto vale, quanto es costumbre que valga, y que al que la alega incumbe la prueba de su observancia. Ambos sentimientos tienen sus patronos (1).

Resuelta esta controversia, como comunmente se resuelve, contra el que alega la Ley, (2) aùn restan otras no leves dificultades sobre el modo de esta prueba: como si ha de ser con el mismo rigor, que se practica con otra qualquier costumbre no escrita; ò si se ha de mitigar algo de aquel rigor (3), y sobre su suficiencia, ò insuficiencia; debiendo recaer esta prueba, no como quiera sobre la observancia de la Ley en general, sino sobre su precisa observancia en el caso vestido de todas las ocurrentes circunstancias (4).

De todo lo que se hace claro, que en los casos de las Leyes de conocida observancia debe reducirse regularmente la controversia à un solo pleyto: esto es, sobre adaptar la Ley al caso; pero en los casos de las Leyes del Fuero deben ser dos: el uno sobre si hay Ley, ò lo que

(1) Apud Sanchez *de Matrimon. lib.6. disp. 1. n. 5.*

(2) D. Gregor. Lopez *in leg. 7. tit. 2. part. 1.*

(3) Gutierr. *lib. 2. Pract. quæst. 93. n. 4.*

(4) *Ut infra Disc. 5.*

que es lo mismo, si está en práctica su observancia: el otro sobre su aplicacion à la controversia. Y siendo tan formidable uno solo, quánto mas dos?

Incertidumbre de la assertiva de los DD. de estàr alguna Ley del Fuero en observancia.

Parece podria esperarse algun alivio en la assertiva de los Doctores, quando asseguran estàr alguna ley del Fuero admitida por costumbre, como lo hacen algunas veces. Pero este no es seguro, que releve de prueba; porque la assertiva de un Doctor, solo sirve, segun nuestros Interpretes, de hacer alguna presuncion, y esto solo en el lugar en donde escribe, y estuvo presente; no fuera de sus terminos (1): y assi, de poca satisfaccion fuè alegar en caso práctico à Gutierrez (2), y otros (cuya doctrina mas turbò, que declarò Cevallos) (3) para probar con la assertiva de este Doctor està recibida generalmente en el Reyno la costumbre de que el lecho, ò cama quotidiana de marido y muger se dé, muerto el uno, al que sobreviva, segun la ley del Fuero (4). Y en este, y semejantes casos, en que el interés no llega à cubrir una ligera porcion de los gastos, que se necessitan hacer para probar el uso de la ley, es mas seguro partido renunciar à su beneficio.

Aunque nuestros Interpretes eximen de prueba algunas Leyes del Fuero, hablan con tanta in-

(1) Acevedo *in leg.* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recopilat. num.* 9. Cevallos *Commun. q.* 1. *à n.* 2.

(2) Gutier. *lib.* 2. *Pract. q.* 93.

(3) Cevallos *dict. q.* 1. *à n.* 4.

(4) *Leg.* 6. *tit.* 6. *lib.* 3. *Fori.*

incertidumbre, que en la práctica se hacen ininteligibles. Si la ley del Fuero se halla inserta en otro cuerpo de Leyes, que no necessitan para obligar prueba de su observancia, no parece que yá la necessita la tal ley inserta: pues aunque originalmente retenga el nombre de ley del Fuero, y apropiadamente no se llama assi, sino con el nombre del cuerpo en donde se insertò, v. g. de las Partidas, ò de la Recopilacion, de donde toma su autoridad; aun, no obstante, se reconoce en esto entre los DD. mucha variedad. Parece que à ningunas otras Leyes compete mejor esta essencion, que à aquellas, que aunque originariamente del Fuero se insertaron en la Nueva Recopilacion, como lo resuelve, aunque no sin controversia, Acevedo (1). Y aunque parece esta doctrina en su generalidad comun sentir de los AA. hay en los casos particulares reñidas controversias.

Incertidumbre sobre la essencion de algunas leyes del Fuero en la prueba de su observancia.

Acerca de lo que se me ocurre un caso muy frequente en la práctica de la possessión de año, y dia, con titulo, y buena fé, que liberta el posseedor de responder en Juicio possessorio, segun la disposicion de la Ley del Fuero, que se insertò en la nueva Recopilacion (2); cuya Ley, sin embargo de las dificultades, que sobre ella hallò el señor Covarrubias (3), de-

Exemplo.

K

(1) Aceved. *in leg.* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop. n.* 12.

(2) *Leg.* 1. *tit.* 12. *lib.* 3. *Fori*, *sive* 3. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.*

(3) D. Covarrub. *in Regul. Malæ fidei possessor. part.* 2. §. 11. *num.* 7.

defiende por justa Parladorio (1), añadiendo, que estando inserta en la Nueva Recopilacion, debe sin duda ser practicada. Y el Maestro Antonio Gomez (2), sin ofrecersele duda alguna sobre su observancia, la explica como derogatoria del Derecho Romano. Otros, no obstante, no se acomodan con este sentimiento; y sin embargo de la insercion, que de dicha Ley se hizo en la nueva coleccion de Leyes, y la comun doctrina, que dejo referida, piden la misma prueba de su uso, y práctica, como de otras, que no se insertaron (3), en que se puede echar de vèr la incertidumbre.

Incertidumbre en eximir de prueba de observancia las Leyes del Fuero aprobadas por las del Ordenamiento Real.

Mas confusion embuelve la autoridad, que con el señor Gregorio Lopez (4) algunos conocen en las Leyes del Fuero, quando estàn aprobadas por las del Ordenamiento Real, como que entonces no sea necessario probar su uso.

Pues no teniendo las Leyes del Ordenamiento Real, que no se insertaron en la Nueva Recopilacion, autoridad legal; autorizar el Fuero por el Ordenamiento Real, es pretender vivificar unas leyes por otras, que no tienen vida; ò à lo menos, es constituirnos en una perpetua incertidumbre sobre la autoridad de nuestras Leyes: incertidumbre, que este famo-

(2) Parlador. *lib.*2. *Quotidian. cap.* 5. *n.* 27.

(2) Anton. Gomez *in leg.* 45. *Tauri, n.* 102. *in fine.*

(3) Acevèd. *in d. leg.*3. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recopil. n.* 1. D. Vela *dissert.* 48. *n.* 7.

(4) D. Gregorio Lopez *in leg.* 42. *tit.* 13. *part.* 5. *num.* 3.

moso Interprete, como èl mismo nos assegura (1), tuvo cuidado de evitar, no solo notando con mucho cuidado en sus glossas las diferencias entre el Derecho Real, y Romano; sino tambien no citando las Leyes del Fuero, sino en casos de notoria observancia, apartando toda ocasion à sus Lectores de equivocarse en abrazar como Leyes las que no son sino escritas costumbres: cautela, que por no haver observado otros, indujeron à error à sus lectores.

En la confusion, que acabamos de notar, es inculpable el señor Gregorio Lopez, haviendo escrito en tiempo en que las Leyes del Ordenamiento Real eran de autoridad conocida; pero son indisculpables los que al presente pretenden seguir la desnuda letra de este Glossador ilustre, sin discernimiento de tiempos, ni edades.

Mucho mas aùn turba el orden legal el dár vigor à las Leyes del Fuero por las Romanas: de modo, que la Ley del Fuero, que concuerda con el Derecho Romano, ò lo que aun es menos, con comun sentencia de los Interpretes del Derecho Romano, no necessite mas prueba para que tenga fuerza de Ley. Pues no teniendo el Derecho Romano, ni menos su interpretacion, autoridad de Ley en este Reyno, menos puede autorizar las Leyes del Fuero, que están desnudas de otra autoridad mas de la que les comunica el uso,

Mayor incertidumbre en eximir de dicha prueba las Leyes de Fuero, que concuerdan con el Derecho Romano.

 y

(1) D. Greg. Lop. *in leg.* 28. *tit.* 15. *p.* 7. *num.* 15.

y costumbre, que debe probarse.

Exemplo.

Pongamos un exemplo de este desorden. Siempre se observò como maxima legal de conservar à los hombres en los ultimos instantes de su vida la libertad de disponer de sus cosas; por lo que siempre las Leyes procuraron cortar los estorvos que impidiessen esta libertad. Tambien cuidaron de que la esperanza de heredar un hombre à otro no diesse motivo à desearle la muerte, y mucho menos à maquinarla: por esso, entre otras varias disposiciones prohibieron todo pacto, en que uno se obligasse hacer à otro su heredero (1).

Entre otras dudas que se formaron sobre esta prohibicion, fuè, si comprehendia los pactos reciprocos de succession: esto es, el pacto en que dos se convienen, en que el que sobreviva ha de ser heredero del otro. En esto los Interpretes, segun su costumbre, ván dispersos por varias rutas.

Algunos, aun conociendo la prohibicion del pacto reciproco de succeder, exceptúan marido, y muger, entre quienes el amor conyugal se cree no dá facilmente lugar à que se deseen la muerte (2). A esta sentencia favorece una Ley del Fuero (3), con tal, que el pacto se haga despues del primer año de casados, para impedir, que el reciente amor conyugal ten-

(1) *Ex leg. Eo instrumento* 4. *Cod. de Inutilibus stipulation.*

(2) Aguila ad Rojas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 7. *num.* 74. Barbosa *Collect. in leg. Licet inter privatos, Cod. de Pactis.*

(3) *Leg.* 9. *tit.* 6. *lib.* 3. *Fori.*

tenga mas parte en este pacto, que la prudencia, conque debe cada uno elegir successor à sus bienes despues de sus dias. La Ley de la Partida (1), conforme, y aun mas expressiva, que otra ley Cesarea (2), decide generalmente contra semejantes pactos, à lo menos quando son comprehensivos de todos los bienes, exceptuando solo en su decision à los Militares, quando se disponen entrar en batalla. El Glossador de esta Ley no se atreviò à ponerle la excepcion de marido, y muger, ni menos hizo memoria de la citada Ley del Fuero; antes bien el señor Galindo (3) sostiene, segun los terminos de dicha Ley de la Partida, ser de ningun momento semejantes pactos reciprocos entre marido, y muger.

Entrò en esta lid el Doctor Gutierrez (4), à quien siguen, entre otros, Cevallos (5); y abrazando el sentimiento en favor de marido, y muger, y limitandolo, segun la Ley del Fuero, despues del primer año de casamiento, assegura, que esta Ley no necessita prueba de su uso, por ser conforme al comun sentir de los Interpretes del Derecho Romano.

De modo, que el Derecho Romano, y aun no éste, sino la extension que de èl hagan algunos de sus Interpretes, concordando con la

 Ley

(1) *Leg.* 33. *tit.* 11. *p.* 5.

(2) *Leg. Licet inter privatos* 19. *Cod. de Pactis.*

(3) D. Galind. *in Phœnic. lib.* 3. *tit.* 6. *cap.* 2. §. 4. *prop. & gloss.* 5.

(4) Gutierr. *de Juram. confirm. p.* 1. *cap.* 3. *n.* 25.

(5) Cevallos *Comm. contra Comm. q.* 140. *n.* 11.

Ley del Fuero, dispensa à ésta de la prueba de su uso, y observancia, y le antepone à las Leyes de las Siete Partidas. En que no puede hacerse mas visible la incertidumbre, y mas manifiesto el desorden, autorizar unas Leyes por otras, que no teniendo autoridad alguna, ni por consiguiente pueden comunicarsela, y aun no solo por estas, sino por su controvertida interpretacion.

Incertidumbre en quanto à la autoridad de las Leyes del Estilo.

En quanto à las Leyes del Estilo, algunos las reputaron por antiquadas, y sin vigor, ni uso; pero su Comentador Paz (1), no solo reivindica su autoridad, sino que las pone en mayor graduacion, que las simples leyes del Fuero, cuyo valor depende, segun queda dicho, de la prueba de su uso; de la que en la opinion de este Interprete no necessitan aquellas. Se conoce bien quánta oposicion haya entre estos dictamenes; y quando de ellos nos desembaracemos, no podemos evitar las dificultades, que experimentan las Leyes del Fuero, de las que las del Estilo son, como hemos dicho en su Historia, declaratorias (2). Por lo que, segun el comun sentir, la autoridad tambien de estas Leyes pende de la prueba, que se haga de su uso, y práctica (3).

Podia aqui detenerme la dificultad, ò dificultades sobre la interpretacion de las Leyes del

(1) Paz *ad Leges Styli in rubrica, part.* 1. *à num.* 37. *&* 66.

(2) *Vide supra lib.* 1. *discurs.* 4.

(3) D. Vela *dissert.* 2. *à n.* 80. Aceved. *in leg.* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop. n.* 11.

del Fuero, que no debe medirse por la interpretacion general de otras Leyes, no siendo aquellas propiamente Leyes, sino escritas costumbres; pero haviendo de hacer un Discurso especial de la costumbre, y su interpretacion; de lo que alli dijeremos, facilmente se concebirá la incertidumbre inevitable de las Leyes del Fuero.

Incertidumbres en la interpretacion de las Leyes del Fuero, y Estilo.

Yá es tiempo tratemos del tercer miembro de nuestro Derecho Real, que son las Leyes de las Siete Partidas. Estas hemos dicho en su Historia son, por lo regular, conformes al Derecho Romano, y Canonico, lo que ocasiona su mas notable confusion, è incertidumbre.

Autoridad de las Leyes de las Siete Partidas.

El señor Covarrubias (1) siente, que el motivo principal del Legislador en publicar estas Leyes, fuè el dár à su Reyno en lengua vulgar, para su mejor instruccion, un cuerpo de Leyes sacadas de las reglas, y establecimientos de entrambos Derechos. Consiguientemente afirma, que siempre que las palabras de estas Leyes lo permitan, deben ser reducidas al Derecho Romano, y Pontificio; sin que debamos pensar el que contengan cosa contraria à estos Derechos. De este propio dictamen es el señor Gregorio Lopez, quien glossando una Ley de la Partida (2), que expressamente deroga al De-

Complicacion de estas Leyes con las Romanas, y Canonicas, y su consiguiente incertidumbre

 re-

(1) D. Covarrub. *Variar. resolut. lib.* 1. *cap.* 14. *n.* 5.

(2) *Multum, inquit, nota istam legem, ut caveas multum in dicendo, quod aliquando Leges Partitarum corrigant jus commune: nam cum hoc Lex Partitarum voluit, id expressit ut hic vides.* D. Greg. Lop. *in leg.* 9. *tit.* 4. *p.* 6. *verb. Mudar.*

recho Romano, exclama, advirtiendo, que se note con mucho cuidado esta Ley, para que no venga alguna vez en pensamiento, el decir que las Leyes de las Siete Partidas corrigen al Derecho Comun; pues quando esto sucede, la misma Ley lo expressa. Consiguiente à esta doctrina, el mismo Autor en las doctas glossas, que hizo à estas Leyes de las Siete Partidas, demuestra muy especial cuidado, no solo en corroborarlas, extenderlas, y limitarlas con el Derecho Romano, sino tambien en concordarlas en los casos en que parece haver alguna dissonancia; y alguna vez, no tanto haciendo de Interprete, que de Adivino, como èl mismo lo confiessa (1), y lo notò Parladorio (2). Y esto todo en la idea de que quando las Leyes de las Partidas no lo expressan, no es su intencion derogar al Derecho Comun, antes sì deben ser suplidas, limitadas, y entendidas, segun el Derecho Romano, y Canonico.

Este es el sentimiento unanime de nuestros Interpretes: de modo, que yà se reputa mas que opinion comun proverbio, que las Leyes de las Siete Partidas no corrigen al Derecho Romano, y Canonico, sino en quanto lo expressan (3). La experiencia en la práctica à cada

(1) D. Gregor. Lop. *in leg.* 24. *tit.* 13. *part.* 5.

(2) Parlador. *lib.* 2. *Quotidian. cap. fin. part.* 4. §. 7. *n.* 14. Valeron *de Transact. tit.* 4. *quæst.* 4. *num.* 34.

(3) D. Vela *dissert.* 19. *n.* 43. D. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 89. *n.*229. D. Galindo *in Phœnic. lib.* 1. *tit.* 1. §. 2. *sub num.* 3. Noguerol *alleg.* 26. *n.* 114.

da passo manifiesta esto mismo. Por mas claro que se explique una Ley de la Partida, si la Ley Cesarea añade alguna circunstancia, esta misma se interpreta deber añadirse à la Ley del Reyno, para que concuerde con ella; ò à lo menos, es pleyto seguro entre los Interpretes sobre si tal circunstancia es, ò no precisa.

De varios exemplos, que se ofrecen, solo pondrè dos, por ser inteligibles sin demasiada aplicacion.

Segun las reglas del Derecho Cesareo, por sola la convencion, ò pacto, no se adquiere possession, ni dominio sin tradicion verdadera, ò ficta (1). Una Ley de la Partida (2), en cierto caso particular, que es quando uno hace donacion à otro hasta cierto tiempo, y que finalizado este tiempo, passen los bienes donados à sus herederos, ù à otro, dispone claramente, que acabado aquel tiempo, ò llegado aquel dia, los herederos del donante, ò el otro donatario adquieren la possession, y dominio de la cosa donada. Las palabras de la Ley son tan claras, que parece no admiten interpretacion. Sin embargo, el señor Covarrubias (3), para que esta Ley concuerde con el Derecho Romano, la entiende, que entonces el segundo donatario, ò los herederos del donante adquieran possession, y dominio, quan-

Exemplo primero.

(1) *Leg. Traditionibus* 20. *Cod. de Pactis.*

(2) *Leg.* 7. *tit.* 4. *part.* 5.

(3) D. Covarrub. *lib.* 1. *Variar. cap.* 14. *num.* 5.

quando se les entregue la cosa donada, ò se introduzcan realmente en ella. Este mismo dictamen siguen varios, à quien cita Farìa, su addicionador (1). Y aunque por el sentido simple, y literal de la Ley hay otros AA. siempre la contienda será reñida, y la Ley del Reyno sin el vigor, que le debia ser propio, si no se hallasse oprimida por el Derecho Cesareo.

Aun en este punto hay mas que admirar; pues la Ley citada de la Partida no puede seguramente suplirse por el Derecho Romano, atento no solo en este particular no hay Ley Romana contraria à la de la Partida; pero aun algunos Interpretes de dicho Derecho, sin conocimiento alguno de nuestras Leyes Reales, han defendido lo mismo, segun los documentos Romanos (2): con que debiera à lo menos dejarse facultad à nuestra pobre Ley Real de elegir alguno de los Partidos en controversia sobre el Derecho Romano.

Exemplo segundo.

El segundo exemplo lo tomarèmos de una Jurisprudencia aun mas llana; pero tambien mas frequente en la práctica, y que como despues de Alberico notò Gothofredo (3), con mas frequencia buscan los Abogados, que otra mas remontada. Es el caso de un arbol, cuyas ramas penden sobre el predio de un veci-

(2) Farìa ad D. Covarrub. *loc. cit. num.* 12.

(2) Philip. Decius *cons.* 239. *n.* 8. *& in leg. Traditionibus, Cod. de Pactis*, quem, & alios refert D. Covarr. *loc. cit. n.* 3.

(3) Gothofred. *in leg.* 1. §. 8. *ff. de Arboribus cædendis.*

cino, à quien hacen daño, y se trata de proveer à su remedio. En este caso el Pretor Romano distingue: ò las ramas penden sobre casa, ò sobre heredad, ù otro terreno. Si sobre casa, manda se corte el arbol de raíz. Si sobre heredad, previene se corten solo las ramas hasta la altura de quince pies (1). La Ley de la Partida (2) concuerda substancialmente con esta disposicion; solo en la segunda parte de las ramas pendientes sobre heredad, no habla de los quince pies, sino que simplemente manda cortar las ramas, en caso que hagan daño. Esta disposicion parece mas discreta, y mas facil en la práctica, que la del Pretor Romano: pues remediando estas Leyes los daños, que las sombras de los arboles hace à la produccion de las tierras vecinas, mas facilmente se regúla este daño à prudente juicio del Juez, ò de hombres buenos del Paìs, que por la altura de los quince pies. Por lo que no dejò de notar el señor Gregorio Lopez (3) la diferencia entre los dos Derechos Real, y Romano. No obstante, vemos frequentemente en práctica la dificultad de los quince pies; y esto por la regla general, que la Ley de la Partida debe reducirse al Derecho Romano, que llaman Comun; y tan poco caso se hace de ella, que el Maestro Antonio Gomez (4), hablando de varias

(1) *Leg. Ait Prætor 2. ff. de Arboribus cædend.*

(2) *Leg.* 28. *tit.* 15. *part.* 7.

(3) D. Greg. Lop. *in d. leg.* 28. *tit.* 15. *part.* 7. *gloss.* 19.

(4) Anton. Gomez *in leg.* 46. *Tauri*, *n.* 19.

rias disposiciones Cesareas, y refiriendo Leyes concordantes de la Partida, y tratando del daño de los arboles, y cómo, y quándo se deban cortar, refiere la disposicion Romana de los quince pies, sin venirle à la memoria nuestra disposicion Real; porque, sin duda, despues de conceptuar las Leyes de las Partidas como dependientes del Derecho Romano, yá no se cuida de lo que aquellas disponen, como subordinadas à mayor potestad.

El estudio de las Partidas supone necessariamente el estudio del Derecho Romano.

Si esto es asi, qualquiera conoce, que el estudio de estas Leyes supone por necessario el estudio del Derecho Cesareo; pues necessariamente debe preceder el estudio de unas Leyes, que han de servir para suplir, limitar, y extender otras: con lo que nuestras Leyes, sin aliviar á sus estudiosos, ni à los Tribunales de la penosa tarea del Derecho Romano, solo les añaden mayores dificultades para su conciliacion, è inteligencia.

Cómo podrémos cotejar esto con lo que dejamos dicho, segun la intencion de nuestras Leyes, y sentir comun de nuestros Interpretes, que el Derecho Romano no tiene en España fuerza de Ley? (1) Acaso lo que no tiene fuerza de Ley, tendrá fuerza para suplir, limitar, y entender la Ley misma? Y què otra cosa se necessita para introducir la mas enorme confusion en la autoridad legal? De este modo mas autoridad le damos al Derecho Romano, que al de las Partidas: mas à un De-

(1) *Vide supr. Disc. 1. pag.* 88.

Derecho estrangero, que al Derecho Real; pues que la autoridad de éste debe ser suplida, limitada, y subordinada à la autoridad de aquel. Es como la de un Oficial subalterno, que manda bajo las ordenes de un General. Es, pues, preciso, ò que nuestros Interpretes se desdigan de lo dicho; ò que asienten no poder servir el Derecho Romano para suplir, y limitar al de las Partidas; ò en consequencia de todo afirmar el que posseemos una Jurisprudencia desordenada, llena de confusiones, sin sólidas Leyes, ni principios ciertos.

Por lo que mira al estudio, que se suele hacer del Derecho Real, se puede inferir de lo que queda dicho en el Discurso sobre el Derecho Romano, y mas difusamente dirèmos en un Discurso particular sobre los Abogados. Estudio del Derecho Real.

DISCURSO IV.

SOBRE LOS ESTATUTOS.

ADemàs estos Derechos, à quienes no impropiamente podemos llamar comunes, hay otro Derecho particular, à quien se le dà el nombre de Municipal, ò Estatuario. Este consiste en Ordenanzas, que las Comunidades particulares hacen para su direccion, y gobierno. Yà sean Ciudades, ò Villas, Universidades, Colegios, Cabildos, Iglesias, Obispados, Provincias, y otras Sociedades Eclesiasticas, ò Seculares.

Estos Estatutos pocas veces entran en contro-

Solemnidad del Eſtatuto.

troverſia ſin las peligroſas diſputas ſobre el modo, y ſolemnidad de hacerlos, y ſobre la autoridad de ſus hacedores. Pues ſiendo regalìa del Principe Secúlar, ò Ecleſiaſtico el eſtablecimiento de Leyes, tienen los ſubditos en Derecho bien conocida prohibicion, principalmente en lo que no es conocidamente perteneciente à ſu economía, y toca en algo à derecho de tercero. Para ſoſtener la fuerza del Eſtatuto, ſe ſuele alegar confirmacion del Principe, la que es del todo neceſſaria.

Confirmacion de los Eſtatutos.

No como quieren algunos Leguleyos, que las Conſtituciones v. g. Synodales de un Obiſpado, porque ſe hallen impreſſas con facultad del Rey, y ſu Conſejo tengan fuerza de Leyes Reales; pues ſe debe atender à la naturaleza de la confirmacion, que, ſegun nueſtros Interpretes, puede ſer de dos maneras: ò en modo general, que llaman *in forma communi*: ò en un modo eſpecial, que llaman *in forma ſpecifica*.

En el primer modo de confirmacion no ſe entienden aprobados los Eſtatutos, ſino en quanto no deſdigan del Derecho Comun; pero sì en el ſegundo. Quándo ſe diga confirmacion en forma comun, y quándo en forma expecifica, es un ſeminario de diſputas (1).

Muchas veces no hay confirmacion expreſſa, y

(1) Card. de Luca *de Judiciis, diſcurſ.* 35. *num.* 62. *cum ſeq.* DD. *ad tit. fin. lib.* 2. *Decretal. de Confirmatione utili, vel inutili.*

y es neceſſario valerſe de la tácita, ò preſumpta, que ſe induce por la obſervancia de largos años; en que buelve à entrar la diſputa, ſobre ſi eſta tácita, ò preſumpta confirmacion tiene la fuerza, y virtud de la que ſe hace en forma comun, ò de la que ſe dá en forma expecifica: dificultades, que en práctica no ſe diſſuelven ſin coſtoſos pleytos.

No ſon poco enredoſas las que embuelven quando en ellos ſe halla complicado algun Derecho del Soberano, cuya confirmacion, aun en forma expecifica, debe entenderſe ſin perjuicio de ſu ſuperioridad (1).

Sujecion à los Eſtatutos.

Los Eſtatutos forzoſo es experimenten las viciſitudes, de que no eſtán libres las Leyes, quando ſe trata de ſu práctica entre perſonas, que pretenden eſſencion. Pues ſiendo hechos ſolo para el gobierno de Comunidades particulares, ſiempre que los negocios de éſtas ſe compliquen con perſonas que no ſon de aquella Comunidad, es razonable, que eſtas reclamen ſu eſſencion contra los Eſtatutos, ſiempre que en ellos quiera comprehenderſeles; de que neceſſariamente deben ſeguirſe las diſſenſiones, que es facil contemplar, quando la legislacion no es uniforme, ſino que cada miembro cuida de tener ſus Leyes, cuyo ſuplemento ſon los Eſtatutos.

Acordemonos de lo que ſucede en la complicacion de Derechos entre las dos mas principales Comunidades, y Eſtados de República

(1) Pitonius *Controv. patron.* | *alleg.* 45. *n.* 4. *&* 5.

ca Eclesiaſtico, y Secular, de que yá hemos hecho arriba un leve diſſeño. Todas eſtas diſſenſiones nacen de la no uniformidad de Derechos, que en eſte caſo no parece facilmente remediable. Quanto más ſe aumenten parcialidades de Comunidades, y cuerpos de Leyes particulares, la paz pública ſe pone en mayor combuſtion; porque tanto mas ſe aparta de la uniformidad de gobierno, cuya direccion por reglas diverſas, y aun encontradas, debe neceſſariamente redundar en contradicciones.

Interpretacion de los Eſtatutos.

La inteligencia de los Eſtatutos abre otra puerta à nuevas dificultades; pues no admitiendo ſu interpretacion enſanche alguno, ſe halla reducida ſu comprehenſion al corto recinto de los terminos con que eſtán concebidos; ſin que de ellos pueda ſalir à otros caſos, aunque milite la miſma, ò ſuperior razon, judayzando, ſegun expreſsion del Cardenal de Luca (1), en ſu letra los Interpretes (3). Eſte rigor ſe merecen bien los Eſtatutos, por deſviarſe de las Leyes generales, por donde ſe rige toda la Sociedad. Y eſto es lo que tambien motiva el que ſu derogacion por la inobſervancia ſe contemple favorable (aunque no ſin perpetuas contiendas) por reducir la Sociedad à unas miſmas reglas.

Remedio contra la incertidumbre de los Eſtatutos.

Parece ſe hallaria remedio contra la incertidumbre de eſta parte de legislacion, reduciendo la extenſion de los Eſtatutos à las circunſ-

(1) Card. de Luca *de Judiciis, diſc.* 35. *n.* 66.

(2) Cancer. *Variar. lib.* 1. *cap.* 1. *à n.* 55. Cevallos *Commun. quæſt.* 409.

cunſtancias de un gobierno economico, ſegun las que particularizan à cada Sociedad, ſin tocar en coſa alguna al gobierno general, à que todos los particulares, como miembros de eſte grande cuerpo, deben eſtár ſujetos; à imitacion de un prudente padre de familias, que ſin eximirſe del gobierno civil, diſpone entre ſus domeſticos ſabias ordenanzas para el gobierno de ſu caſa.

DISCURSO V.

SOBRE LA COSTUMBRE, ò Derecho no eſcrito.

REſta hablar de otro Derecho diferente de los precedentes, pero aun mas incierto, que ſe nombra coſtumbre, la que, como imitadora de la Ley, puede ſer univerſal, y particular; teniendo en el primer caſo fuerza de Ley univerſal, como en el ſegundo ſolo de Eſtatuto (1).

La coſtumbre, à diferencia de otro Derecho, ſe ſuele llamar *Jus non ſcriptum.* Derecho no eſcrito, porque no toma ſu determinacion de eſcrito alguno, que ſe publìque como Ley, ſino del uſo, y práctica de los Pueblos, por largo tiempo obſervada, autorizada del conſentimiento del Principe, à cuya ſoberanìa ſolo pertenece la autoridad legal.

(1) *Leg. An in totum, Cod. de Ædificiis privat. cap. Venientes 19. de Jure jurand. leg. 6. tit. 2. part. 1.*

Requisitos precisos en la costumbre.

De que se sigue, que en la costumbre entran, como requisitos essenciales, sin los que no tiene vigor alguno: 1. la racionabilidad de la materia, ò assunto sobre que se constituye: 2. la observancia, y consentimiento del Pueblo: 3. la autoridad del Soberano. Las disputas sobre estos necessarios requisitos son los que embuelven esta notable parte de Jurisprudencia de incertidumbre.

Incertidumbre en las Leyes no escritas, aun mas obscura, que en las escritas.

En las Leyes escritas puede haver sobre su interpretacion gravissimas dificultades; pero la letra de la Ley siempre está constante para decidir entre los diversos sentidos, que se pretenda apropiarsele, admitiendo unos, y desechando à otros, segun su contexto lo sufra, y mas, ò menos le convenga; pero la costumbre vive solo en la observancia, y nada mas es ley, que como, y en quanto el uso le dá este sér. En la interpretacion de una ley, ninguno piensa substraherse à su obediencia; y solo se trata de indagar el modo, y casos en que obligue. Es como un hijo, que no dudando de la potestad de su padre en mandarle, solo ansiosamente medita sobre el precepto que le impone, para mejor, segun su voluntad, obedecerle. Pero quando se trata de costumbre, se duda no menos de la substancia del precepto, que de la potestad de quien lo impone: porque no siendo la costumbre ley, sino en las yá notadas circunstancias, antes de entrar en las dificultades sobre su interpretacion, es preciso vencer las tenebrosas incertidumbres, sobre los requisitos,

tos, que la constituyen en la graduacion de Ley, que deba ser obedecida.

De aqui se puede venir en conocimiento quánto deba exceder en incertidumbre la Jurisprudencia consuetudinaria à la que consta de Leyes escritas. Y si en esta hay tantas tinieblas, y confusiones, què será en aquella? Reconocerémoslo mas bien con algunas reflexiones sobre los tres requisitos necessarios, que diximos deben entrar en la costumbre para que reciba fuerza de ley. No nos detendrémos mucho en una cosa tan facil de percibir, y solo ayudarémos la consideracion de quien gustasse divertirse en esto, tocando algunas especies, de donde se puedan inferir sus confusas resultas, y poniendo finalmente algunos exemplares en que se hagan palpables las turbaciones que el orden público experimenta.

La racionabilidad de la materia, ò assunto en que deba tener lugar la costumbre, que diximos ser el primer requisito de su legalidad, facilmente manifiesta las incertidumbres à que está expuesta; pues opinando tan diferentemente los hombres sobre la determinacion de las qualidades de justo, y razonable, la misma diversidad de sentimientos debe recaer sobre la decoracion de la materia en que pueda subsistir la costumbre (1). Solo dirè algo por lo que mira à este re-

Primer requisito de la costumbre. Racionabilidad de la materia.

(1) *Quaritur: quanam consuetudo generatim censeatur esse rationabilis? Respondeo: Circa hoc magna reperitur Doctorum varietas, atque sententiarum diversitas, in declarando quanam consuetudo censeatur rationabilis, & qua irrationabilis, ut videre est..* Reiffenst. *ad tit. de Consuetud.* §. 2. *n.* 31.

Costumbre contra la Ley.

requisito de la costumbre contraria á la Ley; esto es, de las irracionabilidades, y no menos incertidumbres, que se demuestran en vigorar de tal modo la costumbre, que no solo tenga fuerza de Ley, sino que pueda derogar la Ley misma.

Parecia, que siendo el fundamento de toda Ley la justicia, y equidad (1), todo lo que à ella se opusiesse debria tener presumpcion de iniquo, ò à lo menos de no razonable, y por consiguiente que no podria ser legitima materia, ò assunto de costumbre (2). Pero como à la verdad no todo lo que á una Ley se opone, debe al instante, y sin mas examen reputarse injusto, está comunmente recibido, sin embargo de varias Leyes, que parecen resistirlo (3), que se puede introducir costumbre contra la Ley misma derogandola (4).

O! y quántas iniquidades, aunque fuera de su

(1) *Erit autem lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patriæ consuetudinem, loco temporique conveniens, necessaria utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.* Cap. *Erit* 2. *distinct.* 4.

(2) Optimè Parlador. *lib.*2. *Quotid. cap. fin. p.* 5. §. 18. *Ego, inquit, quæ juri placita sunt demonstro: mores autem juri adversos quantum ponderis habituri sint, viderint alii.*

(3) *Consuetudinis usufque longævi, non vilis auctoritas est, verum non usque adeo, sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.* Leg.2. Cod. *Quæ sit longa consuetudo.* Cap. *Consuetudinis, dist.* 11. *leg.* 3. *tit.* 3. *p.* 1.

(4) Velasco *de Judic. perfect. rubric.* 9. *annot.* 6. *à num.* 1.

su intencion, produce esta doctrina, y de quántas injusticias es raìz! De aqui se suele tomar el motivo de corromper los mas sanos establecimientos. Quántas Leyes meditadas por muchos siglos, y con muchas vigilias olvidadas! Quántos deseos de los Pueblos, à cuyos repetidos clamores fueron hechas muchas Leyes frustradas! Quántas buenas intenciones de los Legisladores pervertidas! No hay respuesta mas fria à las intenciones justas, que tienen su fundamento en la Ley, que el decirles no está en uso.

Costumbres derogatorias de la Ley, muy perjudiciales à la República.

Bien creo, que las circunstancias del tiempo hacen variar las Leyes, y que lo que es razonable hoy, puede dexar de serlo mañana. (1) Pero por què han de perder su vigor aquellas Leyes, cuya razon perpetuamente subsiste? Fuera muy difuso el referir las saludables Leyes, à quienes este formidable dragon, el no uso, quitò la vida. Ociosos son los exemplares en cosa tan conocida; reservamos no obstante para el siguiente Discurso referir algunos en demonstracion de esta verdad.

Hay Leyes, que prevenidas contra este su enemigo, expressamente prohiben la costumbre contraria à su disposicion; entonces es eterna disputa entre los Interpretes, si contra semejante Ley valga costumbre, en la que se embuelven entre tantas dificultades, que despues de mucha fatiga en leerlos, apenas se

Leyes que derogan à la costumbre contraria à su disposicion, y su incertidumbre

(1) *Cap. Non debet* 8. *de Consanguin. & affinitat.* D. Thom. 1. 2. *quæst.* 97. *art.* 3. *ad secundum.*

se halla resolucion fixa.

Y supuesto que la costumbre contraria à la Ley pudo existir al tiempo de la Ley misma, ò introducirse despues, sobre estos dos extremos de costumbre preterita, y futura recae la disputa.

Incertidumbres sobre la costumbre contraria, anterior à la Ley.

Y en quanto à la costumbre preterita, reconociendo todos potestad en el Legislador de poder abrogarla, miden mucho sus palabras, para decidir sobre su voluntad. Y consintiendo que para abrogar una costumbre moderna bastan qualesquier palabras generales, están muy dispersos sobre el caso en què se entienda derogada la costumbre immemorial.

Algunos, con la mas comun opinion, quieren, no sea suficiente la expresion general de la Ley en abrogar qualquier costumbre, para que se entienda abrogada la immemorial. (1) Otros exdiametro porfian lo contrario (2). Hacen otros, pretendiendo concordar opiniones tan distantes, nueva reflexion sobre las palabras con que se prohibe la costumbre: si como iniqua, irracional, &c. para que con estas palabras, y no con otras generales, se entienda derogada la costumbre immemorial contraria à la Ley, y existente al tiempo de su establecimiento (3). Porfiando aún otros con-

(1) D. Salg. *de Reg. protect. part.* 1. *cap.* 1. *prælud.* 3. *n.* 153. *plures referens.*

(2) Mieres *de Majorat. p.*4. *q.* 20. *num.* 51. cum aliis per Gonzal. *ad regul.* 8. *Cancel. glos.* 33. *n.* 8.

(3) Gonzal. *d. gloss.* 33. *n.*9. Faria ad D. Covarrub. *lib.*3. *Variar. cap.* 13. *n.* 23.

contra esta concordia, motivandolo en que una vez que la Ley abrogue alguna costumbre contraria à su disposicion, yá se conoce lo hace como irracional, ò contraria à razon, à lo menos assi en duda debe presumirse (1).

Incertidumbres sobre la costumbre contraria, futura, ò posterior à la Ley.

En quanto al extremo de costumbre futura, aun es mas reñida la controversia: afirmando unos, que abrogando la Ley, la contraria costumbre, sin explicarse mas, se debe entender abrogar la costumbre preterita, ò la que existia al tiempo de la Ley; y no la futura, que puede introducirse despues, y derogar la Ley misma: se oponen otros à esta resolucion, assegurando, que abrogando la Ley la costumbre contraria à su disposicion, entrambas costumbres, preterita, y futura, quedan derogadas. De modo, que el Autor de las opiniones comunes contra comunes pone en esta classe estas dos sentencias (2).

Sin adherir à alguna de estas opiniones, judeizan otros en la letra de la Ley, para segun sus palabras opinar si la futura costumbre, ò posterior à la Ley quedò por ella derogada: y si por la letra conciben, que la Ley habla de costumbre preterita, y futura, pronuncian, que las dos quedan derogadas; pero si conciben hablar solo de la preterita, solo ésta, y no la futura, dicen, queda derogada, y que havrá lugar à la introduccion de

 nue-

(1) Aceved. *in leg.* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop. num.* 21.

(2) Cevallos *Commen. quæst.* 704.

nueva costumbre contraria à la Ley (1). Aun afirman mas otros, que aunque la Ley derogue à cierta costumbre, expressandola, si no prohibe el que se buelva à introducir de nuevo, la costumbre actual quedará sin vigor, como muerta por la Ley; pero no impide el que pueda bolverse à hacer lugar, resucitando de nuevo (2).

Sería necessario un volumen, si huviera de referir todas las opiniones, subopiniones, y conciliaciones, que hay en nuestros libros en assunto de la derogacion de costumbre preterita, y futura: y no menos si huviera de detenerme en la explicacion de quándo se entiendan, ò no derogadas las costumbres particulares por Leyes generales (3). De lo poco que queda dicho yá se conoce quán astutos deban ser los Legisladores, teniendo que tratar con unos Interpretes de tan fino entendimiento, entre cuyos sutiles discursos suelen quedar las Leyes sepultadas sin vigor alguno, y la intencion del Legislador frustrada.

Consequencias de las prenotadas incertidumbres.

Y asi no hay que admirar, que aun quando las Leyes mas sériamente pensaron introducir en la República el mas justo, y uniforme orden con el recto entable de saludables constituciones, derogando particulares usos,

(1) Barbos. *claus.* 87. *n.* 12.

(2) Ant. Gom. *in leg.* 50. *Taur. n.* 26. *vers. Septimo.*

(3) Videsis Reiffenst. *ad tit. Decretal. de Consuetud.* §. 2. *à n.* 44. & §. 8. *à n.* 181. Et quos refert Faria ad D. Covarr. *lib.* 3. *Variar. c.* 13. *à n.* 15.

usos, y costumbres, y precaviendo su subintroduccion en lo futuro, se encuentren turbadas sus buenas intenciones, ò à lo menos expuestas à variedad de sentimientos. Considerèmos con quánto cuidado se hizo la nueva Coleccion de Leyes, à que llamamos Recopilacion, en que además del Real encargo sobre su observancia, que dá principio à esta Obra, se halla en ella inserta una Ley (1), cuyo fin principal, como en otra parte hemos dicho, es señalar el orden que se deba observar en la práctica de las Leyes del Reyno, encargando estrechamente su observancia en la ordenacion, decision, y determinacion de los pleytos; *no embargante*, dice, *que contra las dichas Leyes se diga, y alegue, que no son usadas*. De estas, y otras palabras, que hay en el contexto de dicha Ley, se puede muy bien inferir con quánto juicio nuestros prudentes Legisladores cuidaron poner en seguro sus Leyes, contra el capricho del no uso, no observancia, y contraria costumbre. Pero todo esto no ha servido sino de poner en controversia à nuestros Interpretes sobre si contra nuestras Leyes Reales puede, ò no prevalecer costumbre. Los que siguen la afirmativa no hallan mucha dificultad en las palabras referidas de la Ley, que eluden distinguiendo metafisicamente entre no uso, no observancia, y costumbre contraria, la que parece añadir algo de positivo contra ley, lo que no

(1) *Leg.* 1. *Tauri*, *vel* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recopil.*

no hace el ſimple no uſo (1), ò entendiendo ſu prohibicion en la coſtumbre preterita, no en la futura deſpues de la Ley, nuevamente introducida (2). De que no puede inferirſe otra conſequencia, que perplexidad, è incertidumbre.

Segundo requiſito de la coſtumbre, obſervancia, y conſentimiento del Pueblo, y ſus incertidumbres.

Proſigamos los requiſitos de una coſtumbre, que tenga fuerza de Ley, que el ſegundo hemos dicho es *la obſervancia, y conſentimiento del Pueblo*. En eſto convienen todos nueſtros Interpretes; pero al inſtante ſe deſvian en el modo cómo deba ſer eſta obſervancia, y conſentimiento, ſiguiendo diverſas rutas.

Sobre què parte del Pueblo ſea neceſſaria.

Y aunque tambien comunmente enſeñan ſer neceſſario el conſentimiento de todo el Pueblo, ò de ſu mayor parte, no falta quien aſſegure, no ſer neceſſaria eſta mayor parte del Pueblo, y ſer ſuficiente una parte conſiderable de èl (3), y aun poder una parte del Pueblo introducir coſtumbre contra otra parte (4); y à una ſola familia dán algunos eſta poteſtad (5). Solo, y con razon, à las mugeres ſe les deniega (6).

Tambien convienen en que ſe neceſsita frequen-

(1) Vide Gutierr. *lib.* 3. *Pract. quaſt.* 31. *n.* 5. & 14.

(2) Pareja *de Edition. inſtrument. tit.* 5. *reſol.* 8. *n.* 62.

(3) Vid. D. Galind. *in Phœnic. lib.* 1. *tit.* 2. §. 24. *Prop.* & *gloſſ.* 3.

(4) Garcia *de Nobilit. gloſſ.* 6. *n.* 14.

(5) Valaſc. & alii apud Barboſ. *in cap. fin. de Conſuetud. num.* 20.

(6) Aceved. *in leg.* 1. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop. n.* 7. Reiffenſtuel *ad tit. de Conſuetud.* §. 5. *num.* 113.

quencia de actos; pero quántos actos se necessiten para que se diga frequencia, y se denomíne costumbre, es materia de otra peor disputa: en la que hallarémos quien nos diga ser suficiente uno, como tenga tracto succesivo (1); otros, y mas comunmente, nos enseñan necessitarse dos à lo menos; porque no haviendo multiplicacion de actos, no se puede llamar frequencia (2). Otros, con la Rota Romana, sin decidir cosa alguna, lo dejan à discrecion del Juez (3). Sobre la frequencia de actos.

Añaden, que no bastan qualesquier actos erroneos, sino que deben ser con animo de introducir costumbre; lo demás sería un error continuado, no una costumbre racional (4). Tambien añaden deber ser libres, y voluntarios, no violentos, públicos, y notorios, no ocultos, ò clandestinos (5). Qualidades de estos actos.

Sobre si estos actos deban ser precisamente judiciales en juicio contradictorio aprobados, ò baste que sean extrajudiciales, es nueva controversia, en la que los Interpretes del Derecho Romano se dividen, formando opiniones comun contra comun (6).

Aun-

(1) D. Molin. *de Hisp. primogen. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 26. Bobad. *Politic. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 42.

(2) Sic magis communiter DD.

(3) Rota *decis.* 72. *n.* 26. *p.* 2. *Divers.* D. Galind. *in Phœnic. lib.* 1. *tit.* 2. §. 24. *num.* 7. Reiffenst. *cit. tit. de Consuet.* §. 5. *n.* 122.

(4) D. Galind. *d.* §. 24. *n.* 7. Barbos. *in cap. fin. de Consuet. n.* 18.

(5) D. Galindo *dict.* §. 24. *num.* 6. Reiffenstuel *dict.* §. 5. *num.* 125.

(6) Cevall. *Comm. q.* 358.

Aunque nuestras Leyes de las Partidas parecen constituir precisa necessidad de que los actos inductivos de verdadera costumbre hayan de ser judicialmente practicados (1), esto no detiene à Doctores de grave autoridad, para afirmar que sean suficientes extrajudiciales (2). Procediendo otros con distincion de actos, y su qualificacion: esto es, si intervinieron dos solamente, ò huvo mucha frequencia, de modo, que la costumbre se hiciesse notoria, para que en este caso basten extrajudiciales, no en el primero, dejandolo finalmente à discrecion del Juez (3).

Tiempo necessario para introducir costumbre.

No paran aqui las dificultades sobre el segundo requisito de la costumbre, restando aùn las del tiempo, que se necessita para introducirse: en que hallarémos quienes, al modo de las prescripciones, nos digan se necessitan diez años entre presentes, y veinte entre ausentes: y siendo Ley Canonica quarenta años, pues este es el tiempo establecido por los Canones para la prescripcion Eclesiastica; y quando hay privilegio de mas tiempo, como suele haverlo, tambien entonces subirá el de la costumbre.

Mas comunmente se nos dice, que la distincion de ausentes, y presentes no es sostenible, porque el Pueblo siempre està presen-

(1) *Leg.* 5. *titul.* 2. *part.* 1.

(2) D. Salgado *Labyrinth. creditor. part.* 1. *cap.* 1. §. 2. *à num.* 57.

(3) Garcia *de Expens. cap.* 9. *num.* 45. *& seq.*

sente, por lo que regúlan ser bastantes diez años (1).

Otros, hablando con mas precision, y madurez, distinguen de costumbres: ò es *secundum jus*, segun el Derecho, interpretandole, en cuyo caso no requieren determinado tiempo, bastando simplemente la frequencia de actos (2): ò es *præter jus*; esto es, que no sea contra, ni conforme al Derecho, sino indiferente, en cuyo caso piden diez años (3): ò es *contra jus*, derogando al Derecho, en cuyo caso piden unos solos diez años, otros treinta, otros quarenta, otros hacen distincion de Derecho Civil, y Canonico, y en aquel diez solos, y en este piden quarenta (4). Desconocen otros esta diferencia de tiempos, y distincion entre Derecho Civil, y Canonico; aunque la confiessan en quanto à la prescripcion (5). Otros gradúan el tiempo, segun la resistencia, ò repugnancia de Derecho à la tal costumbre, no siendo à veces suficientes quarenta años, sino con algun titulo putativo, ò tiempo centenario, ò inmemorial (6).

Aunque parezca que la inteligencia de estos nombres *secundum*, *præter*, *contra jus* son bien in-

(1) Bobadill. *Politic. lib.* 2. *cap.* 10. *n.*45. Cevall. *Comm. contra Comm.q.* 357. *n.* 6.

(2) D. Crespí *observ.* 1. *n.* 114. D. Salg. *de Retent. p.*1. *cap.* 9. *n.* 9.

(3) Card. de Luc. *de Beneficiis disc.* 30. *n.* 16.

(4) D. Galind. *d. tit.* 2. §. 24. *n.* 5.

(5) Reiffenstuel *ad tit. de Consuetud.* §. 4. *n.* 105.

(6) Card. de Luc. *de Jurisdict. disc.* 114. *n.* 3.

inteligibles, hay mucho en que entender quando llega el caso sobre si la costumbre en disputa es *secundum*, *præter*, ò *contra jus*. A veces la que uno piensa que es *secundum*, otro la reputa por *contra*, otro la llama *præter*. Hay en esto las mismas dificultades, que en sacar las consequencias de las Leyes generales à los casos particulares. La consequencia que uno assegura ser genuina à la Ley, asienta otro serle repugnante.

Sobre la uniformidad de los actos.

Sobre la substancia de los actos que deban constituir una legal costumbre, hay tambien reñidas controversias. Todos convienen en que deban ser uniformes; esto es, que entre ellos no haya havido contrariedades; porque si una vez se observò de un modo, otras de otro, no se puede llamar costumbre (1).

Pero buelven à discordar en explicar esta uniformidad. El Cardenal de Luca (2) pide por essencial à la costumbre una uniformidad, que jamás haya tenido quiebra. Y Graciano (3) fuè de sentir, que para interrumpir la costumbre era suficiente un acto solo contrario. Pero Bobadilla (4) con otros muchos, parece no requiere tanta pureza en la uniformidad; pues una vez de introducidos algunos actos, pi-

(1) D. Larrea *decis.* 2. *n.* 20.

(2) *Improbabilis redditur dicta prætensa consuetudo, cujus essentiale requisitum est, ut nihil actum sit in contrarium.* Card. de Luc. *de Pensionib. dis.* 25. *num.* 10.

(3) Stephan. Gracian. *Discept. Forens. cap.* 79. *n.*9.

(4) Bobadill. *d. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 42.

pide otros tantos, y por tanto tiempo obſervados en contrario como los primeros, para deſnudar à eſtos del vigor que anteriormente adquirieron. En que ſe vè no haver coſa cierta.

Tercer requiſito de la coſtumbre, conſentimiento del Principe, y ſu neceſsidad en Eſpaña.

En quanto al tercer extremo del *conſentimiento del Principe*, parece un requiſito tan razonable, como que ſin èl ſe inferiria, que en el Pueblo hay tanta autoridad para hacer, y derogar Leyes, como en el Principe para eſtablecerlas. Y aunque eſte requiſito, como no adaptable à la conſtitucion, y gobierno de los Romanos, fueſſe eſte Derecho deſconocido (1), nueſtros Legisladores lo han repetido muchas veces en ſus Leyes, para que no huvieſſe lugar à poner en ello duda (2). Eſto es tan claro, que no ſé que algun Eſcritor Eſpañol diſſienta.

Eluſion de eſte requiſito.

Pero ſegun el modo con que ſe explican, hacen inutil toda eſta doctrina. Acoſtumbrados algunos à la lectura de Eſcritores Eſtrangeros, reſuelven con ellos, que el conſentimien-

(1) *Cum ipſæ leges* (inquit Julianus J.C. relat. in leg. De quibus 32. ff. de Legibus) *nulla alia ex cauſa nos teneant, quam quod judicio populi recepta ſunt: merito, & ea, quæ ſine ullo ſcripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid intereſt ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis, & factis.* Pirrhing. *in Jus Canonic. ad tit. de Conſuetud. n.* 16. Cevallos *Commun. quæſt.* 357. *n.* 3. *ex gloſſa Communiter recept. in cap. In iſtis, diſt.* 4.

(2) *Leg.* 3. 5. 6. *tit.* 2. *p.*8. *leg.* 15. *tit.* 1. *lib.* 4. *Recopil.* ex D. Greg. Lop. & aliis D. Galind. *d. lib.* 1. *tit.* 2. §.24. *Propoſ. & gloſſ.* 3.

miento del Principe no se necessita en qualquier nueva costumbre que se introduzca, reputando por suficiente la aprobacion general, que las Leyes dán à toda costumbre razonable; y esto de tal modo, que à alguno (1) le parece inutil el que los Pueblos acudan al Principe para conseguir aprobacion de su costumbre. Otros, y mas comunmente, enseñan, que el consentimiento del Principe; esto es, su ciencia, y paciencia, que nuestras Leyes piden para la introduccion de la costumbre, no precisamente se necessita del Rey mismo, sino que basta que sea de sus Oficiales; esto es, de sus Jueces, y Magistrados (2).

Con qualquier de estas doctrinas yà queda inutil el requisito del consentimiento del Principe, que tanto desean nuestras Leyes Reales, y nuestras costumbres en todo igualadas en su fuerza, y autoridad con las de los Romanos; pues para conceptuarse, que una costumbre llega à noticia de los Jueces, y Magistrados, le bastará la qualidad de no ser clandestina: condicion muy distinta en la costumbre de la del consentimiento del Soberano.

Todo lo dicho hasta aqui en quanto à la costumbre, solo pertenece à explicar en abstracto las incertidumbres de su constitutivo; aun restan varias dificultades, è incertidumbres

(1) Avendaño *in Dictionario, verbo Costumbre, vers. Hodie.*

(2) Gutierrez *lib.* 3. *Practic. quæst.* 31. *n.* 9. Cevall. *Commun. quæst.* 357. *n.* 3.

bres sobre reducirla à la práctica.

Como la costumbre es un derecho no escrito; esto es, de que no hay Ley expressa, el que pretende valerse de ella, debe probarla; no como quiera en general, sino en particular en el caso que se disputa, vestido con todas sus circunstancias (1), ò en un individuo, como dice el Cardenal de Luca (2). Esta prueba debe ser en un modo rígido, con testigos integros, que depongan de vista de los actos, contestes, y no singulares, deponiendo de la frequencia, y antiguedad de aquellos actos, y haver sido hechos con animo de introducir costumbre, dando razon de sus deposiciones, aunque no sean preguntados. Nada menos que esta prueba regularmente se pide en credito de la costumbre (3); y assi no es mucho, que los AA. comunmente la reputen por muy dificultosa, y à otros les haya parecido quasi impossible (4).

Prueba de la costumbre.

Suelen los DD. en sus Escritos notar algunas costumbres, yá generales, yá particulares, asegurando de su práctica observancia. Quando hemos hablado del Derecho del Fuero,

Assertiva de los DD. deponiendo de alguna costumbre, y su incertidumbre.

M

(1) Bobadilla *Polit. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 50.

(2) Card. de Luc. *de Feud. disc.* 53. *n.* 4.

(3) Barbosa plures referens *in cap. fin. de Consuetud. num.* 17. *cum seq.*

(4) Reiffenstuel *ad tit. Decretal. de Consuetud.* §. 3. *n.* 170. *Ubi postquam retulit consuetudinis requisita*, ait: „ *Quæ* „ *omnia simul sumpta reddunt* „ *probationem consuetudinis difficilem: imo ut loquitur Abbas consil.* 53. *n.* 2. *l.* 3. *diffi-* „ *cillimam. Et juxta Hostiensem in cap. fin. de Consuetudine: Quasi impossibilem.*

ro, que en substancia no añade à la costumbre en general, que ser aquel escritas costumbres, cuyo uso no obstante debe probarse para que tenga fuerza de Ley; tambien diximos, segun la variedad de nuestros Interpretes, que el que los DD. afirmassen estár alguna Ley del Fuero recibida en práctica, no redimia de prueba sobre su observancia, aunque podia servir de algun alivio. Dirèmos ahora con mas extension, como en su proprio lugar, lo que hay en esto.

Algunos DD. en esta question disputada en terminos generales, sobre si à los Escritores, que afirman haver esta, ò la otra costumbre, se les deba dár entero assenso, se contentan con referir DD. por una, y otra parte, denotando en esto ser question dudosa, y probable en entrambos partidos (1). Y Cevallos la pone entre sus Comunes contra Comunes (2).

Los que examinan mas de cerca la question, asientan regularmente por regla la negativa; esto es, que no deben ser creìdos (3); porque la costumbre es *quid facti* cosa de hecho, que debe probarse, y que en assuntos de hecho no se merecen fé los Escritores. Esto lo entienden otros, quando no consta, que el Escritor estuviesse versado en el parage en donde

(1) Vide Pitonium *in Parergon ad Disceptat. Ecclesiastic. n.* 114.

(2) Cevallos *Comm. quaest.* 1. Carleval *de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *n.* 62.

(3) Card. de Luc. *de Donation. disc.* 26. *n.* 3.

de depone haver tal costumbre, en cuyo caso solo serìa como *testis de auditu*, testigo de oìdas, que no hace fé; pero no quando se halle versado en el Paìs, pues en tal caso hace fé, como *testis de visu*, testigo de vista (1): con que segun estos DD. parece se reduce el punto à si el Escritor tiene la condicion de versado en el Paìs. Si hay Escritor, que contra otro Escritor afirme no haver tal costumbre, à que dude de ello, lo que no sucede pocas veces (2); yá estamos en el caso de una prueba, en que hay testigos pro, y contra: pleyto, que debe ser muy reñido, segun las qualidades de los Escritores.

Otros, sin embargo de que un Escritor estè versado en el Paìs, solo reputan esta qualidad por presuntiva, à favor de la costumbre, sin que releve de otra ulterior prueba (3). La Rota Romana, segun advierte el Cardenal de Luca, no parece hace mucha cuenta de estos testimonios de los DD. aun en razon de ser versados en el Fuero del Paìs en donde escriben, refiriendo casos prácticos en que dicho Tribunal des-

(1) Plures referens Barbosa *in cap.* 8. *de Consuetudine*, *num.* 16. D. Salgado *de Regia protection. part.* 1. *capit.* 1. *præludio* 3. *num.* 180.

(2) Ut apud Aguila ad Roxas *de Incompatibilitat. part.* 5. *cap.* 6. *num.* 168. *vers. Ex quibus suspectus.* Carleval *de Judiciis*, *titul.* 2. *disput.* 3. *num.* 22. & 23.

(3) Acevedo *in leg.* 3. *titul.* 1. *lib.* 2. *Recopil. numer.* 9. Cardenal de Luca *de Donation. disc.* 26. *numer.* 7.

estimò semejantes assertivas (1).

A cargo de quién estè la prueba de la costumbre.

La prueba de la costumbre, sin duda incumbe al que la alega, y en ella se funda, como es general en todas materias, que à cada uno pertenece probar lo que es fundamento de su intencion (2). Aun sin embargo, quando algun Escritor testifica de la práctica de alguna costumbre, sienten algunos, concordando assi las expressadas opiniones, que dicha assertiva sirve à lo menos de relevar de prueba à el que alega la costumbre, y recarga la prueba en contrario al que la contradice (3), en todo lo que se puede facilmente notar la mayor perpexidad.

Interpretacion de la costumbre.

Despues de las dificultades, è incertidumbres, que dejamos insinuado de la costumbre, aùn restan las de su interpretacion. Y padeciendo tanto, bajo la pluma de los Interpretes, las Leyes escritas, y por quienes su expression está siempre hablando, las no escritas claro es deben experimentar mayores desgracias. El solo nombre de costumbre, yá, y con razon, hace muy precautos à los DD. en su interpretacion, estrechandola de tal modo, que

(1) Card. de Luca *ubi proximè*, & *de Benefic. disc.* 13. *n.* 9. ibi: *Doctoribus attestantibus de consuetudine non defertur, cum illa utpotè facti probanda sit juxta decis.* .... Et bene in terminis Tamburin. *de Jure Abbat. tom.* 3. *Repit. decis.* 724. *part.* 4. *Recent. n.* 17. & 18. *ubi habetur, quod semper Rota reprobavit opinionem tenentium credendum esse Doctori testanti de consuetudine, eo quia versatus esset in loco, vel foro.*

(2) *Leg.* 2. *ff. de Probation.*

(3) Cevallos *Comm. quæst.* 1. *n.* 1. *in fin.*

que no le permiten extension alguna de caso à caso, lugar à lugar, persona à persona (1). Pero en esto, aunque algunos hablen indifinitamente, lo entienden otros en la costumbre derogatoria del Derecho, ò *contra jus*; esta dicen no deber en modo alguno estenderse, aunque concurra identidad de razon; pero en la costumbre, que no es contraria al Derecho, sino solo indiferente, ponen por regla general, que, à diferencia de la prescripcion, es favorable, y que debe su interpretacion ser extensiva (2). En que necessariamente buelven las dissensiones quando la costumbre se diga *contra*, ò *præter jus*. Deciden otros en quanto à la extension, ò restriccion de la costumbre, segun lo pida la materia en que se introduxo, estendiendola, siendo favorable, y restringiendola, siendo odiosa (3).

Costumbres particulares.

En el tenebroso laberynto de costumbres particulares; esto es, que no hacen propriamente las veces de Ley universal, sino solo de estatuto, tambien debe notarse la suma confusion que embuelve su práctica; porque concurriendo con frequencia en un individual caso, ò lance diversidad de respetos, yá de personas, yá de cosas, yá de acciones por donde se enlacen diversidad de costumbres,

 ape-

(1) D. Salgad. *de Retention.* *p.* 1. *cap.* 9. *n.* 7. 8. & 63. Card. de Luc. *Miscel. Eccles.* *disc.* 29. *num.* 4.

(2) D. Molin. *de Hispan.* *primogen. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 20. Card. de Luc. *de Servitutibus*, *disc.* 28. *n.* 6.

(3) Fagnanus *in cap. Cum contingat de Decimis*, *n.* 10.

apenas puede, sin tropiezo de muchas dificultades, y opiniones encontradas, tomarse resolucion. Como si puesta esta diversidad de costumbres, se deba atender privilegiadamente la de la Iglesia, ò personas Eclesiasticas en competencia de la costumbre secular, ò laical. Si debe prevalecer la costumbre del Lugar en donde tiene su situacion la cosa sobre que se controvierte, à la costumbre que hay en el Lugar en donde se hizo el contrato. Si puesto que se deba seguir la costumbre del Lugar en donde se otorgò el contrato, deba ser preferida la del Lugar en que simplemente se hizo, à la del Lugar en donde se ratificò. Si puesto se haya de seguir la costumbre de algun parage, deba guardarse privilegiadamente la del Lugar, Principe, Capital, ò Cabeza, à la de los Lugares sujetos, ò accessorios. Si en juicio deba ser mas bien atendida la costumbre del Autor, que la del Reo. Y estando los contrayentes sujetos à diversidad de costumbres, quál de ellas deba ser atendida, como à la que entendieron los contratantes sujetar el contrato: v. g. si la del Comprador deba ser preferida à la del vendedor, ò al contrario; y asi de otros (1).

Argumento de Estatuto à costumbre, y al contrario.

Para que no sea necessario detenernos mas sobre la interpretacion, y otras dissensiones, que hay en la costumbre, basta decir, que esta parte de Derecho tiene sobre sì todas las que se forman sobre los Estatutos. Siendo

(1) Niger de Laudem. *quæst.*4. *per tot.*

do cierto, que nuestros Interpretes arguyen de costumbre à Estatuto, y de Estatuto à costumbre, aplicando las consequencias del Estatuto à la costumbre, y las de esta à aquel (1).

Remedio contra las incertidumbres, que ocasionan las costumbres.

No creo necessitamos passar adelante para demostrar la tenebrosa incertidumbre en materia de costumbre, en la que tan lejos de hallar consuelo los Litigantes, experimentan frequentemente mayores fatigas, siendo mas util à la República ceñirse à las Leyes, frutos de los desvelos de nuestros sabios Legisladores, que el vacilar por un Derecho tan incierto, y lleno de tantas variedades, como es el que se demuestra por costumbre. Por lo que, y prescindiendo de los usos immemoriales, que yá están aprobados por Leyes del Reyno, parece (que no obstante, que apenas pueda passar un Gobierno sin razonables costumbres, y lo que en su favor cumulò el politico Bobadilla (2)) serìa conveniente al sossiego público el desterrar absolutamente toda costumbre derogatoria de la Ley.

Y es constante, que el Pueblo en introducir costumbre, por uno de tres motivos debe proceder; ò de mera mala fé, obrando directamente contra la Ley, no queriendo sujetarse à ella; y en este caso es disputar con el Principe la potestad soberana. Y aunque no deba tomarse esto con el rigor de una suble-

(1) D. Salgado *de Libertate beneficiorum, artic.* 1. *n.* 14. Barbos. *loco* 105. *n.* 3.

(2) Bobadilla *Politic. lib.* 2. *cap.* 10. *à n.* 34.

blevacion, siempre es un principio indigno de producir prescripcion. O procede de error, errando contra la Ley; y en este caso mal se puede llamar costumbre razonable, y tomar fuerza de Ley aquello, que solo es continuacion de errores (1). O procede con sinceridad, à vista de causas urgentes, que no existian, ò no se tuvieron presentes al tiempo de la Ley; y en este caso, (que parece el mas proprio de dár justo color à la costumbre) es mas conveniente al sossiego público consultar la Suprema Potestad para la determinacion de lo que fuere mas puesto en razon, como nuestras Leyes Reales, con el fin de cortar abusos, incertidumbres, y perplexidades, nos previenen (2).

(1) *Non consentiunt qui errant. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit. Leg. Si per errorem, ff. de Jurisdiction. omnium judicum.*

(2) *Leg.* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop.* ibi: *Y porque al Rey pertenece, y hà poder de hacer Fueros, y Leyes, y de las interpretar, y declarar, y emendar donde viere que cumple, tenemos por bien, que si . . . fuere menester declaracion, y interpretacion, ò emendar, ò añadir, ò tirar, ò mudar, que Nos lo haremos.* Et infra. *Y mandamos, que quando quier que alguna duda ocurriere en la interpretacion, y declaracion de las dichas Leyes . . . que en tal caso recurran à Nos, y à los Reyes que de Nos vinieren, para la interpretacion dellas.*

DIS-

DISCURSO VI.

EXEMPLARES DEMONSTRATIVOS de la incertidumbre, è irracionabilidades que entran en la coſtumbre.

PARA la mas clara expoſicion de las incertidumbres que hay en el Derecho no eſcrito, à que llamamos coſtumbre, hallè conveniente ſeparar del contexto del precedente Diſcurſo los exemplares, que practicamente demueſtran las irracionabilidades, que con motivo de coſtumbre ſe introducen, y ſe pretenden obſervar, como Leyes mezcladas entre eſpeſas tinieblas de perplexidades. Me contentarè con quatro exemplos inteligibles, ſin muchos auxilios de Juriſprudencia. Dos en la coſtumbre contra la Ley, ò *contra legem*; y otros dos en la coſtumbre, que es la Ley indiferente, ò *præter legem*. Componiendoſe nueſtras Leyes Reales de dos principales cuerpos, eſto es, de la Nueva Recopilacion, y de las Siete Partidas; ſerá el primer exemplo de coſtumbre contra una Ley del primero; y el ſegundo contra otra Ley del ſegundo. Y haviendo en las coſtumbres indiferentes, ò que ſe dicen *præter legem*, unas mas, ò menos indiferentes que otras, propondrè el tercer exemplar en materia, que parezca del todo indiferente; y el ultimo en materia dudoſa, que parezca tambien militar en algun modo contra la Ley. No me empeñarè en ſe-

seguir todas las resultas, è inordinaciones, que estos exemplares deben causar en la República, y solo notarè los generales antecedentes, de donde el prudente pueda inferir sus consequencias.

EXEMPLO PRIMERO.

ESTE exemplo, que tomamos de la Ley quince, titulo primero, libro quarto de la Recopilacion, comprehenderá la mas fina theorica de la costumbre.

Invocacion de el brazo Secular.

Es del todo conforme à Derecho, razon, y buen sentido, que las dos Potestades, espiritual, y temporal, tengan sus terminos, de que no les sea licito passar (1). Tambien es de la misma conformidad, que cada Potestad tenga su genero de armas, adaptables à su ministerio. La Espiritual ,armas espirituales; la Temporal, armas temporales. Este orden es el que mantiene la harmonìa en un Estado. Si estos terminos no se guardan, si las armas se confunden, todo será confusion, y desorden. Pero como en muchos casos, complicados entre personas de los dos estados para la administracion de justicia, sea preciso usar de estos

(1) *Cum ad verum ventum est, ultra sibi, nec Imperator jura Pontificatus arripuit, nec Pontifex nomen Imperatorium usurpavit . . . cap. Cum ad verum, dist.* 96. *Non putet aliquis*, ait Innocentius III. *relatus in cap. Novit* 13. *de Judiciis, quod jurisdictionem illustris Regis Francorum, perturbare, aut minuere intendamus, cum ipse jurisdictionem nostram, nec velit, nec debeat impedire.*

tos dos generos de armas, deben entonces las dos Potestades mutuamente auxiliarse, invocando la que necessita auxilio à la otra para que se lo dè (1). Esto es lo que se llama invocacion del Brazo Secular, y Eclesiastico: nombre sin duda muy proprio, con alusion al cuerpo natural, cuyo entero manejo para las operaciones de la vida, depende del auxilio de los dos Brazos.

Esto fuè lo que motivò la sabia disposicion, muchas veces repetida, y hoy inserta en la Nueva Recopilacion (2), en la que motivando nuestros prudentes Reyes, que assi como era de toda su intencion conservar à la Iglesia su jurisdiccion, assi tambien era justo, que los Jueces Eclesiasticos no perturbassen la jurisdiccion Real; prohibe à estos hacer execuciones en los bienes, ò personas de los legos, mandando, que para estos casos invoquen el auxilio, ò ayuda del Brazo Secular.

Esta prudente disposicion, y conforme con el Derecho Canonico mismo, dexò de tener observancia; y los Jueces Eclesiasticos no se persuadieron, que este auxilio les fuesse necessario para hacer execuciones en bienes de le-

(1) *Cap. Pernitiosam 1. de Officio ordinarii*, ibi: *Et cum opus fuerit, publicum convocent auxilium, non ad præjudicandum, sed potius ad ea, quæ Deo sunt placita prosequendum. Cap. Dilecto 6. de Sentent. excommun. in 6.* ibi: *Maximè quia hi duo gladii consueverunt (exigente necessitate) sibi ad invicem suffragari, & in juvamen alterius, subventione mutua, frequentius exerceri.*

(2) *Leg. 14. tit. 1. lib. 4. Recopil.*

legos, y encarcelar sus personas, acaso persuadidos de autoridades de varios DD. (pues yá no es nuevo valgan mas que las Leyes) que refiere, y sigue Barbosa (1). Y assi no es de maravillar el que se introduxesse costumbre contra lo prevenido en dicha Ley Real.

Para rebatir esta costumbre, promulgò el Emperador Don Carlos, y Doña Juana, à peticion del Reyno, junto en Cortes, otra Ley, (2) en que mandan guardar la Ley antecedente: „Sin embargo, dice, de qualquier cos„tumbre que se alegue, si la ha havido, por„que aquella ha sido sin nuestra ciencia.“ En vista de una Ley tan clara, promulgada en el año de mil quinientos veinte y cinco, es bien de admirar diga el señor Covarrubias (3), que rogado por las Cortes el Emperador Don Carlos V. jamás quiso promulgar Ley para derogar aquella costumbre introducida en varias Diocesis de España. Y assi no es mucho sostenga el señor Covarrubias la costumbre contraria à dicha disposicion, cuya autoridad llevò consigo à los que refiere Bobadilla (4). De modo, que para estos DD. las citadas Leyes Reales son lo mismo en este caso, que nada. Y aun huvo quien se escandalizò de su disposicion (5).

Mas

(1) Barb. *de Offic. & potest. Episc. p.* 3. *alleg.* 107. *n.* 9.

(2) *Leg.* 15. *tit.* 1. *lib.* 4. *Recop.*

(3) D. Cov. *Pract. c.* 10. *n.* 2.

(4) Bobad. *Polit. lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 170.

(5) Doct. Segura Davalos *in Direct. Judic. Ecclesiast. p.* 2. *c.* 13. *n.* 29. *Unde, inquit, valde miror quo jure quaque ratione, lex Regni* 15. *tit.* 1. *lib.* 4. *Novæ Collect. condita fuerit.*

Mas atentos otros, confiessan, que dicha costumbre quedò abrogada por Ley Real (1); pero resta entre ellos indecisa otra controversia, sobre si quedò por dicha Ley prohibida la costumbre futura, ò lo que es lo mismo, si se puede introducir de nuevo otra semejante.

Para sostener la afirmativa escribiò de proposito el Doctor Gutierrez una question (2), en la que su mas poderoso fundamento son las palabras de la Ley: *Si la ha havido*; en que, segun este Autor, se denota costumbre preterita, no futura. Este partido siguen varios (3). Otros estàn por la negativa, concediendo solo por via de prescripcion immemorial (4). Se contentan otros con referir los Interpretes que tratan este punto, confessando mucha dificultad en su resolucion (5).

Seriamos demasiado molestos, si nos detuvieramos con nuestros DD. en las distinciones que hacen para la resolucion de este punto entre Causas Civiles, y Criminales, y su distincion de civil, ò criminalmente intentadas. Dexemoslos ocupados en sus laboriosas porfias; como tambien en penetrar lo mas intrincado del Derecho Romano, y Canonico,

pa-

(1) Bobadill. *d. cap.* 17. *n.* 170. Gutierr. *lib.* 1. *Practic. quæst.* 45.

(2) Gutierr. *lib.* 3. *Practic. quæst.* 31.

(3) D. Vela *in cap.* 1. *de Offic. Ordinar. p.* 2. cum aliis.

(4) Aceved. *in leg.* 1. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop. num.* 14. & 21.

(5) Faría ad D. Covarr. *Pract. cap.* 10. *n.* 13.

para averiguar si los Obispos pueden, ò no tener *familia armata*, gente armada, que es el punto de donde se mueven todas las lineas de la presente controversia: asseguranndo alguno (1) ser muy cercano à error negar à los Obispos esta facultad.

Solo notarèmos de passo, que la perplexidad con que tratan esta materia los Interpretes con opiniones, y conceptos entre sì tan distantes, obra generalmente aun en Països en que parece tener la Ley alguna observancia, un decaimiento de animo en los Jueces, en sostener un Derecho, que en sentir de graves Autores (2) podian pretender, de informarse del modo con que se proceda en la captura, ò prision, ù otro genero de execucion contra los legos, con que, principalmente quando son personas circunstanciadas, pudieran contener mas de un desorden. La invocacion, pues, del Brazo Secular no se reduce à otra cosa, que à la manifestacion, que se hace al Juez del Despacho del Eclesiastico, y à veces de solo su firma, à que ciegamente el Secular obedece, dando el auxilio necessario. Rara, ò ninguna queja, ò recurso se oye, à lo menos en estos Països, contra el Juez, por haver indebidamente ministrado el auxilio, ni pro-

(1) Loterius *de Re benefic. lib.* 1. *quæst.* 9. *n.* 96.

(2) Vide D. Amajam *in leg.* 2. *Cod. de Exactorib. tributor. lib.* 10. *n.* 35. *cum sequent.* D. Velam *in cap.* 1. *de Offic. ordinar. à n.* 3. Bobadill. *Politic. lib.* 2. *cap.* 17. *à n.* 174. Et laudatos per Fariam ad D. Covarrub. *Pract. cap.* 10.

providencia de Tribunal Superior contra quien indebidamente lo comunicò. En esto nada decimos, remitiendonos à los graves DD. que han tratado estas cosas (1).

EXEMPLO SEGUNDO.

EL cuerpo de Derecho de las Partidas ofrece varios exemplares de Leyes perdidas por el no uso, y derogadas por la contraria costumbre. Entre ellas elegirè una, por cuya innovacion, y observancia el Reyno de Galicia, y Principado de Asterias ha muchos años claman en Representaciones, que hicieron al Señor Don Phelipe IV. las continuaron ante el Señor Don Carlos II. Don Phelipe V. y Don Fernando VI. y las prosiguen actualmente ante la Magestad reynante del Señor Don Carlos III. à quien la Divina Magestad gloriosamente prospere dilatados años, para felicidad de la Monarquia Española, en cuyo conocido zelo del bien de sus Vassallos, deben estos Pueblos esperar el consuelo, por que hace tantos años suspiran; y ojalá que este feliz Reynado sea la venturosa epoca de sus alivios.

La Ley de que se trata es la sesenta y nueve, titulo diez y ocho, partida tercera, en la que, con arreglo à toda equidad, no obscuramente se dispone, que en los censos emphyteuticos, muerto el ultimo tenedor, se haya

Renovacion emphyteutica.

(1) DD. supra citati, & ab ipsis laudati.

ya de renovar el contrato à sus descendientes, sin poder el señor, el dueño de la cosa concedida en emphyteusis, pedir por esta renovacion sino algunos maravedises.

El ilustre Glossador de esta Ley (1) la nota como expressa, para precisar al dueño à la renovacion del contrato, acabadas las generaciones, ò muertas las personas à quienes se estendia la primer concesion. No obstante, jamás vemos practicarse en este sentido, y solo en el de la comun tradicion de ser preferido el ultimo Emphyteuta à otro tercero, ofreciendo otra tanta pension, y con tan buenas condiciones como el estraño; pidiendo la renovacion dentro de un año, y un dia, à similitud del Feudo. Explicaremos brevemente el origen del contrato emphyteutico, para que se conozcan los gravissimos fundamentos de la Ley, y la irracionabilidad de la costumbre contraria.

Desvalido el hombre de otro empléo con que pueda sostenerse, facilmente se inclina à cultivar la tierra, como al trabajo mas proprio à que es dedicado por naturaleza, para sacar de ella el alimento necessario para la vida. Los terrenos fertiles, que no solo dispensan mucha parte del trabajo, sino que mas abundantemente responden à la industria, que en ellos se emplea, ocupados por los primeros pobladores, y sus generaciones, no dexaron à los venideros, y à sus ramos mas remotos, sino

(1) D. Gregor. Lop. *ibi gloss. 7.*

no los montuoſos, y eſtériles.

El hombre, cuyas neceſsidades ſiempre avivaron ſu induſtria, no deſconfia con ſudor, y trabajo ſacar fruto de lo mas inculto; y como luchando contra la naturaleza miſma, pienſa vencerla con ſus fatigas; ò por mejor decir, pienſa deſpertarla del ſueño en que la inaccion la tenia ſumergida.

Pero aun debe el que deſea aſsi emplear ſu trabajo vencer otro eſtorvo, y allanar otra dificultad en que menos debia penſar. Eſta es el conſentimiento de los que ſe llaman Dueños, ò Señores del Paìs, y que parecen dominar la miſma naturaleza; porque por mas eſtéril que ſea un terreno, como nunca ſe reputa del todo inutil, rara vez dexa de tener dueño, ò verdadero, ò que tal ſe dice, ſin cuyo conſentimiento nada ſe hace.

Se ajuſta el Labrador con el Señor verdadero, ò aparente, para que le permita cultivar algun terreno, no tanto alguna vez porque ſe perſuada pertenecerle ſu dominio, como porque conoce tiene fuerzas, y poder ſobrado para impedirle ſu cultura; lo hace éſte tanto mas guſtoſo, quanto además de una penſion annual, que ſe le ofrece por un terreno, que antes poco, ò nada le producia, aſſegura por eſte medio ſu dominio. Se otorga entre los dos cierto contrato, que en Derecho ſe llama *Emphyteuſis*, nombre Griego, que ſignifica *nueva plantacion*, y el uſo del Paìs llama *Fuero*, en que por tres, ò mas vidas, ò generaciones ſe le permite al Labra- (Contrato emphyteutico.)

 dor,

dor, ò Emphyteuta, (que assi se llama) y sus descendientes, ò herederos, el cultivo del terreno, pagando cierto canon, ò pension annual.

Progressos del emphyteusi.

Ajustado el contrato, principia el Colono à quebrantar, y arrancar peñascos, quemar, y cortar zarzales, y malezas; mover la tierra à duro golpe de hierro, sin que acaso en algunos años todo este trabajo le facilite alguna comodidad, fuera de la pension annual, que debe pagar. Maciza barrancos, sangra, y seca charcos, lagunas, y pantanos, disponiendo, y conduciendo el agua, que antes esterilizaba estos senos, à sitios en donde ayude à la produccion; y acabada su vida entre estas fatigas, viene su hijo à proseguir los afanes de su padre.

Planta viñas, y arboledas, dispone verdes prados, hace huertos; y entre estos trabajos, paga con su vida el indefectible tributo à la humanidad. Succede el nieto, no tanto à gozar los descansos, que le procuraron su padre, y abuelo, como à continuar las mismas fatigas; y lo mismo hace el viznieto (si es que las voces del Fuero le comprehenden), adelantando, y perfeccionando el trabajo de sus ascendientes.

De modo, que yá lo que antes era un aspero terreno, en que no se veìan sino peñascos, ò matorrales tenebrosos, que servian de grutas à las fieras, ò charcos inficionados, y habitaciones de viles insectos; ni otra produccion sino espinas, y yerbas nocivas, ò de nin-

ninguna utilidad, yá parece un terreno ameno, y capáz de dár el fruto, que se proporcione à su clima, y un sitio delicioso, y tributario à las conveniencias del hombre. Yá cubierto de alegres viñas: yá rodeado de hermosas, y verdes praderias: yá coronado de fecundos arboles con frutos pendientes, que al mismo tiempo recrean la vista, y convidan al gusto: y lo que antes era una espantosa soledad, se vè adornado de casas, que los descendientes del primer Emphyteuta poco à poco edificaron, repartiendose en diversas familias, con que proveyeron tanto à su mayor comodidad, como al mas pronto adelantamiento del cultivo.

Fin del emphyteusi.

En este estado, muere el ultimo Emphyteuta. El Señor del terreno verdadero, ò aparente, que lo vè à sus ojos tan florido, ignorando, ò no cuidando de lo que antes era, y del sudor, y sangre que lo puso en el presente estado, forma intencion de apropriarselo, para hacer alguna granja, casa de campo, de recreo, ò cosa semejante: ò poco satisfecho con una pension, que le parece tenue, pretende la correspondiente al actual estado: ò quiere entre estos pretextos introducir algun nuevo Colono de su devocion.

Para la assecucion de alguno de estos intentos, trata de despojar à los descendientes del Emphyteuta, y dice pagará los mejoramientos que pruebe haverse hecho. Esta pobre descendencia no puede oponerse al dominio, que en la Escritura del emphyteu-

si confessò su ascendiente, ò primer recipiente; solo pide se le renueve el contrato.

Dificultades sobre la renovacion emphyteutica.

Se vale el Señor, ò sus Agentes de mil artificios, para frustrar la renovacion. No le hace estorvo la Ley del Reyno, porque dice està derogada por contraria costumbre; ò porque es Comunidad Eclesiastica, en perjuicio de cuya immunidad no tienen vigor las Leyes Seculares (1). O se vale de una Ley Cesarea (2), bien, ò mal entendida, que parece favorecer à la no renovacion en bienes de Iglesia, ò cosa pia, haciendo frequente con esta Ley à la del Reyno, para que esta segun aquella sea entendida, como es general en las Leyes de las Siete Partidas el ser interpretadas en el sentido de las Romanas (3). O alega, que quiere retener para sì los bienes emphyteuticos, è incorporarlos con otros, que cultiva por criados, ò conductores, con lo que pretende cessar el fin de las Leyes, y de la equidad (4). No le obstan los Interpretes, de quienes es facil desasirse, echandolo à confusion, y complicando autoridades con autoridades, y DD. con DD.

Aflicciones de los pobres emphyteutas.

Entre estas contiendas, embueltas con el fuego de muchos ardides, el pobre emphyteu-

(1) Pirhing. *in Jus Canon. ad tit. de Constitution. n.* 75. Bobadill. *Polit. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 2. *Vide supra hoc lib. disc.* 2.

(2) *Authentic. de Non alienand. rebus Eccles.* §. *Quod autem, vers. Nec illud, coll.* 2.

(3) *Vide supra hoc lib. discurs.* 3.

(4) Piton. *Discept. Eccles. discept.* 153. *n.* 36.

teuta reconoce el poder del enemigo contra quien debe litigar. Eſte ſuele ſer alguna perſona poderoſa, ò Comunidad Ecleſiaſtica, à quienes los gaſtos del pleyto nada empobrecen, y en favor de quienes los Agentes, Solicitadores, y mas dependientes de Juſticia, ſiempre mueſtran mucha ſolicitud, y vigilancia, no ſolo por la buena, y pronta retribucion, que eſperan; ſino tambien por la muchedumbre de otros negocios, que jamás les faltan, con que los enriquecen; ù otro particular aſtuto, en quien la induſtria ſuple la menos opulencia, y le conſtituye en las miſmas circunſtancias. Contempla el miſmo Emphyteuta quán pobre ſerá la taſſacion de perfectos, y mejoramientos: quánta trampa ſe juega en eſto: la dificultad, y gaſtos de ſu prueba; ſi yà (como frequentemente ſe hace) por pacto no eſtán excluidos (1). Teme verſe expueſto à mendigar, y con el dolor de dexar en manos agenas la habitacion, ſudor, y fortuna de ſus mayores (2); y aun no ſolo

(1) Antunez Portugal *de Donation. Reg. lib. 3. cap. 22. n. 86.* Pineyro *de Emphyteuſi, diſp. 3. n. 7.*

(2) *Quid enim inhumanius eſt, quid crudelius, quid magis impium, & bonæ charitati alienum, quam finito emphyteuticæ conceſsionis præſcripto tempore, ultimi morientis hæredem, & ſucceſſorem bonis emphyteuticis, & fundo beneficiario, in quo defecit pater, ipſe minor crevit, & majorum imagines, aut fixas non videre, aut revulſas intueri, ſatis lugubre eſt, denudare, exuere, & miſerè ſpoliare? Quid triſtius, aut luctuoſius eſſe poteſt, quam emphyteuſim, quam avus ad culturam redegit, pater melioravit, nepos amplificavit, ædes, ac co-*

los bienes emphyteuticos, sino tambien otros proprios, ò apropriados de los comunes, y valdios, que por la vecindad con aquellos, suelen correr riesgo en semejantes demandas (1).

Cómo se suelan transigir estas controversias.

Embuelto, pues, el Emphyteuta entre estas consideraciones, que, ò le ponderan los Abogados, ò le ponen presente sugetos de experiencia, ò à veces sin consideracion alguna; preocupado del miedo, que concibiò à su enemigo, no halla otro recurso, que, ò comprar la renovacion con un dinero, que suele quedarse entre las manos de los que agencian por el dominio directo, sin constar haverse recibido, y aun con algun aumento de pension,

colapsa ædificia fulsit, ac exuta sterilitate, suo labore, ac industria citra ullam directi domini impensam, fructuosam reddit, à descendente auferri, & extorqueri?.... Caldas Pereyra *de Renovat. Emphyt. quæst.* 8. *num.* 22.

(1) Estas demandas se suelen poner por territorio con nombre universal, ò coto, como dicen, redondo, para comprehender todo lo que en la universalidad de su expresion, ò entre confines, bien, ò mal probados, se encuentre. En cuyo apoyo se suele hacer grande cumulo de autoridades. Antunez *de Donation. lib.* 1. *prælud.* 2. §. 7. *n.* 105. Hermosilla *in leg.* 15. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 3. *n.* 9. Con cuya apropriacion, fuera de su verdadera inteligencia, experimentan los Labradores, y otros particulares, graves perjuicios; (Cond. Carden. de Luc. *Conflict. legis, observat.* 203.) y no menos con la general doctrinela, aplicable à algun caso, pero mas frequentemente faláz, de que todos los bienes que possee el Emphyteuta, se presumen emphyteuticos, no constando quáles sean los por que se pagaba el canon. Parlad. *Differ. Quotidian. differ.* 71. §. 3. *n.* 8.

sion, ò constituir un exorbitante canon, tal qual, ò poco menos que el que otro estraño, que entre en los trabajos agenos, ofrezca; y no pocas veces con obligacion de reconocer por Emphyteuticos muchos bienes, que como proprios, ò alodiales mezclados, ò à la immediacion del territorio aforado, posseìa.

Si, pues, por alguno de estos modos pudo evitar la infelicidad de ser despojado, y consiguiò la renovacion; prosigue de nuevo, y sus descendientes, por otras tres, ò mas vidas en mejorar el territorio, todo en beneficio del Señor, que acabadas las voces, buelve à lo de antes, despojando, ò aumentando la pension.

Y prosiguiendo de este modo, las Comunidades, y otros Poderosos se enriquecen con el sudor de los Labradores, al passo que estos, oprimidos de trabajo, pobreza, y miseria, desfallecen, pues no aumentando en bienes, se les aumenta nuevas pensiones, sin diminucion de las antiguas.

Pensiones que estàn sobre los Labradores.

Pagan con gusto, y fidelidad diezmos, y primicias. Lo hacen tambien de oblaciones, que en muchas partes yá se cobran de cota fija, como canon, y pension, sin esperar que en ello tenga parte la voluntad del oferente. Votos al Apostol Santiago, ò à otras Iglesias, sin medida uniforme en algunos parages: vassallages de diversas especies, y nombres: luctuosas Abadias, ò Espolios: tributos Reales, que no oprimen por si mismos, sino por

 re-

recaer sobre tantas contribuciones.

El afligido Labrador, à quien la frequente escaséz de los años añaden mayor pena, sin rebaxa de contribucion alguna, suele buscar alivio en la venta de nuevas pensiones, lo que no alivia por entonces, sino para oprimirle mas en lo venidero, hasta que cayendo baxo tanto peso, ò se echan à mendigar por el mundo, ò desconociendose à sì mismos, viven como brutos, con quasi los mismos alimentos que éstos, y con poca menos indecencia en sus habitaciones, atrayendo en sì el oprobrio del resto de España.

O humanidad, quién vindicará tus derechos! O Leyes pervertidas! O Derecho Natural! O Derecho de Gentes! O bienes Eclesiasticos, à quienes el Derecho Canonico llama, y con razon, votos de los fieles, precio de los pecados, patrimonio de Jesu-Christo, y hacienda de los pobres (1)! Quánto mas debieran zelar tus Administradores el que los Emphyteutas, cuyo sudor les enriquece, vivieran satisfechos de que no se aproprian sus fatigas, en que tanto harian manifestacion de la justicia que professan! cómo se mostrarian digno exemplo de rectos procederes à otros

(1) *Quia juxta Sanctorum Patrum traditionem novimus, res Ecclesiæ vota esse fidelium, pretia peccatorum, patrimonia pauperum . . . Cap. Quia 16. q.* 1. Et Beatus Hieronymus *relatus in cap. fin. ead. c. & q. Quoniam*, inquit, *quidquid habent Clerici pauperum est, & domus illorum omnibus debent esse communes, susceptioni peregrinorum, & hospitalitati invigilare debent . . . Omitto plura.*

otros Señores, que no piensan errarlo quando siguen sus maximas? No piensen disculparse con opiniones, y costumbres, pues Jesu-Christo no dice: Yo soy costumbre, ù opinion, sino: Yo soy la verdad (1).

Cada vez que considero la infelicidad de muchos de estos Labradores, se me acuerda (aunque conforme en todo con la Divina Providencia) el pensamiento de Jeremìas (2), que lloraba el dia de su nacimiento, por haverle atrahido la vista de los males, que amenazaban à su Pueblo. Por grande que sea esta miseria, aun debe esperarse mas en lo venidero, si es que para prevenirla no se halláre remedio.

Decaimiento de la agricultura en la no corriente renovacion emphyteutica.

Aun debe esperarse otro perjuicio no menos nocivo à la República, y es el decaimiento de la agricultura, ò à lo menos de sus progressos en reducir à labradìo terrenos incultos; pues los Labradores despojados de los bienes, que con el sudor de sus mayores recibieron aquel beneficio, ò empobrecidos con el exorbitante aumento de pensiones, no pueden ser buenos exemplares, que animen à otros

(1) Joann. *cap.* 14. *v.* 6. B. Gregorius *relatus in cap. Si consuetudinem, distinct.* 8. *Si consuetudinem*, inquit, *fortasis opponas, advertendum est, quod Dominus dicit*: Ego *sum veritas, & vita, non dicit*: Ego *sum consuetudo, sed veritas.* Et *certè* (ut B. Cypriani utamur sententia) *quælibet consuetudo, quamvis vetusta, quamvis vulgata, veritati omnino est postponenda, & usus, qui veritati est contrarius, abolendus.*

(2) *Quare de vulva egressus sum, ut viderem laborem, & dolorem, & consumerentur in confusione dies mei*, Jer. 20. v. 18.

otros à un trabajo, que vèn experimentalmente ha de redundar en utilidad agena, no pudiendo prometerse en sus descendientes el fruto de sus fatigas.

La razon de renovacion no es igual en todos los emphyteusis.

Es verdad, que no en todos los Fueros, ò contratos emphyteuticos concurre una misma, è igualmente viva razon de renovar; porque no en todos necessitò la tierra de un igual afán del Labrador para reducirla à cultura; pero por lo general todas las concessiones emphyteuticas tuvieron por motivo la esterilidad. Y ultimamente, si los actuales posseedores de los Fueros no trabajaron en la cultura de las tierras que comprehenden, es no obstante cierto son descendientes, ò de otro modo deriban derecho de aquellos, cuyo sudor se empleò en fertilizarlas, aunque ellos vivan con mayor comodidad.

Es este un assunto, que pide mucha atencion, y que merece un Tratado separado: me contento por ahora con lo dicho por exemplar de las Leyes, à quienes la contraria costumbre quitò su uso.

EXEMPLO TERCERO.

LA costumbre en los dos exemplos propuestos parece milita immediatamente contra la Ley. Pondrèmos el tercero en una costumbre, que parezca à la Ley indiferente, ò como dicen *præter legem*; y pues que en el exemplo passado hemos nombrado la

Luctuosa.

Luctuosa, como una de las contribuciones, que

que concurren à hacer pobres, y miſerables los Labradores de Galicia, no teniendo otro fundamento eſte Derecho, que en la coſtumbre; nos ſervirá de aſſunto en eſte exemplo.

Y ſiendo eſte nombre en muchas partes de Eſpaña enteramente deſconocido, digamos primero lo que ſignifica. El ſonido de ſu voz luego dá à entender una coſa triſte, y melancolica; y en efecto no es otra coſa la *Luctuoſa*, que el derecho de percibir de los bienes de los difuntos la mejor alhaja que haya entre ellos. Les pareciò à algunos, y no con poca razon, deber llamarſe *gaudioſa*, porque ſi bien que ſea ſu contribucion luctuoſa, ò triſte à los herederos del muerto, no es menos alegre à quien la percibe (1). Luctuoſa en quanto à ſu general accepcion.

No puede negarſe à la Luctuoſa mucha antiguedad, ſin que por eſto ſea menos nociva; pues las corruptelas, tanto mas dañan, quanto tienen mas largo tiempo de obſervancia. Afirma Burgos de Paz (2) haver oìdo, que Don Alonſo, Rey de Leon, mandò por Ley ſe pagaſſe en donde huvieſſe coſtumbre. Y aunque eſte grave Autor, poco ſatisfecho de oìdas vulgares, procurò buſcar el original de dicha Ley; ſolo pudo encontrar un exemplar no autentico, reducido à muy pocas palabras (3): ,, Mandamos, dice, ſe pague la Luctuo- Antiguedad de la luctuoſa.

,, ſa

(1) Barboſa *de Officio*, *&* *poteſtate Parochi*, *cap.* 24. *num.* 32.

(2) Burgos de Paz *in leg.* *l. Tauri*, *n.* 312.

(3) *Luithoſam mandamus dari, ubi eſt uſus, & conſuetudo terrarum.*

,, sa en las tierras en donde hayga este uso,
,, y costumbre.

Por mas grave que sea la autoridad de este Escritor, solo es en este assunto un testigo de oìdas, y referente à un Documento no autentico, sin que merezca mas fé de la que merece el tal Documento. Sin embargo, se alega su autoridad en favor de la Luctuosa, y con una prueba aun despreciable, para condenar à un particular à la paga de veinte reales, como es la de testigos de oìdo ageno (1), y relativos à Instrumentos no autenticos (2), se pretende fortalecer una costumbre no menos gravosa à los particulares, que odiosa, y perjudicial al bien público.

Haviendo reynado en Leon varios Reyes del nombre de Alonso, parece mysterio el no señalarnos quién de estos fuè el que hizo dicha Ley. Sin duda el Rey mas proprio de este nombre, para darnos Leyes, fuè Don Alonso el X. Rey de Castilla, y de Leon, de cuyo orden, no solo se hicieron las celebradas Siete Partidas, sino que tambien se reduxeron à escrito las costumbres, que servian de Leyes à los Pueblos (3). Pero no se halla, ni en una, ni en otra Obra la mas leve razon de semejante Luctuosa: lo que es fuerte argumento, que esta costumbre, si yá entonces la havia,

la

(1) *Cap.* 33. *de Testib.* ubi DD. *leg.* 28. *tit.* 16. *part.* 3.

(2) *Autentic. Si quis in aliquo documento, Cod. de Edendo.* Escob. *de Purit. p.* 1. *q.* 13. §. 4. *n.* 33.

(3) *Vide supra lib.* 1. *discurs.* 4.

la tuvo este sabio Legislador en concepto tan odioso, que no solo no hablò de ella entre las Leyes, pero ni aun quiso nombrarla entre las costumbres, para que no quedando, ni en uno, ni en otro cuerpo de Leyes noticia de ella, mas facilmente se olvidasse.

No obstante, la noticia que nos comunica Burgos de Paz, dá bien à entender el poco caso que èl mismo hace de ella; pues sin atreverse à dár por razonable la costumbre de la Luctuosa, que tributan los vassallos à los dueños jurisdiccionales, solo parece se inclina à aprobar la que pagan los parroquianos à sus Curas, de que en su lugar tratarèmos.

Distinguense tres especies de Luctuosa.

Hemos de distinguir, para proceder con claridad, tres especies de Luctuosa, ò gaudiosa. Una, la que pagan los vassallos al dueño de la jurisdiccion, ò solariego, la que por ser la mas comun, nombrarèmos con la denominacion general de Luctuosa. Otra, que pagan los parroquianos à sus Curas, à la que, segun el uso de Galicia, llamarémos Abadìa. La tercera, que pagan los Clerigos à los Clerigos, ò à sus Superiores Eclesiasticos, que señalarèmos con el nombre de Expolio. Debemos, pues, hablar con separacion de cada una de estas especies, haciendo algunas particulares reflexiones en demonstracion de su irracionabilidad, è incertidumbre.

LUC-

LUCTUOSA.

Què se entienda por Luctuosa.

ENtendemos, pues, para mejor claridad, y distincion, por el nombre general de Luctuosa la mejor alhaja que se encuentra entre los bienes del vassallo difunto, que sus herederos deben entregar al dueño de la jurisdiccion.

Como la mejor alhaja de un labrador suela ser un buey, caballerìa, ù otro animal quadrupedo; de aqui es, que en Galicia la Luctuosa se concibe por el derecho de percibir de los bienes del muerto la mejor alhaja de quatro pies, no que precisamente sea un animal, sino tambien (lo que no puede oìrse sin risa) qualquier mueble que tenga quatro pies, como un bufete, ò mesa, arca, &c. Si es que viviò tan infelizmente el Labrador, que no dexò entre sus bienes alguno de aquellos animales.

Què personas paguen Luctuosa.

Jamás los Nobles se sujetaron à este tributo, y solo lo pagan los del estado llano. (1). La costumbre, siempre irregular en sus procedimientos, eximiò de esta triste gavela à aquellos, que era mas justo estuviessen à ella sujetos, esto es, à los celibatos, ò no casados, en quienes no concurriendo hijos, tan acreedores à los bienes de sus padres, serìa menor el perjuicio (2). Tambien eximiò, solo

(1) Garcia *de Nobilitat. gloss.* 7. *n.* 2.

(2) Ex Garcia *de Expens. cap.* 9. *n.* 2.

lo acaso en esto benignamente, à las mugeres casadas, que murieren antes de sus maridos; pero verificandose haver sobrevivido el marido, les es irremediable pagar este funesto tributo (1).

En què circunstancias se deba este tributo.

No es esta contribucion (à lo menos assi se pretende, y demuestran diarias contiendas) por fuegos, sino por matrimonios; pues aunque dos, ò mas matrimonios vivan con un solo fuego, mesa, y manteles, cada uno está sujeto à su respectiva luctuosa. De modo, que como es regular, tratando un padre, para alivio de sus penosas fatigas del campo, de casar algun hijo, ò hija en casa, al mismo tiempo que procura su consuelo, dispone muchos dispendios, multiplicando luctuosas, prepostterado, como no es infrequente, el natural orden de la mortalidad.

Aun en esto suele haver muchas incertidumbres, y pleytos perplexos; pues lo primero puede bien dudarse, el que en este caso de haver vivido el hijo, aunque casado, indivisamente constituyendo una sola familia con sus padres, deba luctuosa: (2) difficultad, que no puede decidirse por deduccion de consequencia de legitimos principios, atento se ignoran los de la Luctuosa, ò son tan obscuros, que no pueden producir sino tenebrosas consequencias. Lo segundo, y puesto se de-

(1) Parlador. *Quotid. Different. differ.* 38. §. 1. *n.* 8.

(2) Bobadilla *Politic. lib.* 5. *cap.* 5. *num.* 29. Cond. Parlador. *dict. differentia* 38. *numer.* 8.

deba en el caso este tributo, debiendo salir de los precisos bienes del muerto, suelen alegar los padres ser todos los que hay en casa suyos, replicando los interessados en contrario, yá con las capitulaciones matrimoniales, en que los padres constituyeron ciertos bienes à sus hijos para sostener las cargas del matrimonio, yá en razon de la multiplicacion de ganados, y adquisiciones hechas durante la compañia, en que el muerto tenia su parte, cuyas liquidaciones nunca se hacen sin muchos gastos, y molestias, que ocasionan mas pérdida, que el importe de la luctuosa principal, y halla el Labrador mas alivio en pagarla, ajustandola por lo que pueda, que el meterse en tan amargas contiendas.

Muriendo padre, è hijo dentro de un año, pensaron algunos no deberse mas que una luctuosa. Pero en esto nos remite Balmaseda (1) à la prueba de la costumbre; que no es menos, que remitirnos á un pleyto siempre incierto, como es la costumbre, y que por otra parte debe litigar el Labrador con el dueño de la jurisdiccion.

Origen de la Luctuosa, y su exaccion.

Es dificultoso buscar entre los DD. (2) otro origen à esta Luctuosa, mas que el que comunmen-

(1) Balmaseda *de Collect. q.* 4. *n.* 18.

(2) Sospechò Balmaseda *de Collect. q.* 4. *n.* 18. traheria origen la Luctuosa del derecho de succesion del señor à sus vassallos, muriendo sin hijos; pero esto podrà passar por sospecha, y acaso no essenta de temeridad, en que no debemos detenernos.

mente ſe preſume en toda eſpecie de gravoſas impoſiciones, à que los vaſſallos viven ſujetos para con los dueños de las juriſdicciones, y ſolariegos; eſto es, opreſion, violencia, y tyranìa. Por eſto regularmente los DD. reclaman contra ſemejante coſtumbre, como cruel, tyranica, iniqua, y del todo contraria à la razon (1).

Pero como à la poſſeſsion immemorial ſe atribuye la virtud de purgar toda preſuncion de violencia, y tyranìa (2); aſſegurada con eſta poſſeſsion la Luctuoſa, corre ſin rieſgo por los Tribunales.

O Aun

(1) El Politico Bobadilla, *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 117. habla de la Luctuoſa, entre otras impoſiciones de los Señores à ſus Vaſſallos, en eſtos terminos: Eſta impoſicion de pedir poſadas, y ropa, y otras que los Señores cargan à ſus Vaſſallos, como ſon que les dèn preſentes quando ſe caſan ellos, ò ſus hijos, por las Navidades . . . y lo que uſan en algunos Pueblos de Galicia, que lleva el Señor la mejor ropa, ò alhaja, ò buey del Vaſſallo que muere, lo qual llaman vulgarmente luitoſa, ſon todas impoſiciones odioſas, y ſe han de reſtringir, y ſe preſume que fueron de mera voluntad, y facultad; ò por miedos, ò priſiones, y violencias, fueron tyranicamente introducidas. Y para referir en un ſolo Eſcritor lo que ſe halla en muchos, puede verſe à Lagunez *de Fruct. p.* 1. *cap.* 15. §. 4. *n.* 173. en donde deſpues de citar Garcia, y Bobadilla, añade: *In luctuoſo illo gravamine, aut impoſitione Regni Gallœciæ, quod præ omnibus odioſiſsimum reputatur, unde id ultra cætera gravamina nimis DD. abhorrent, tanquam omni juri, rationi, & æquitati repugnans . . .*

(2) Bobadilla *dict. n.* 117. Lagunez *loco citat. à num.* 104. Garcia *de Expenſ. cap.* 9. *num.* 23.

Aun el rigor de la immemorial se necessita solo en el Juicio de Propriedad, no quando se disputa en Juicio Possessorio (2), en que suelen los Señores, probada la quadragenaria, obtener favorables interdictos, para mantenerse en una possession, que retienen con mucho cuidado, à fin de hacerla impenetrable en el Juicio de la Propriedad.

Exaccion de la Luctuosa no es en todos los Cobradores igualmente rigida.

Debo, no obstante, confessar, que muchos Grandes Señores, que posseen Estados en Galicia, cobran este derecho en un modo tan benigno, que conservando solo su possession, apenas se puede decir graven con ella à los Naturales; pues además de no cobrarla en casos dudosos, suelen sus Mayordomos darse por satisfechos con la contribucion de uno, ò dos ducados por razon de este derecho, quando en su rigor debiera ser el mejor buey de labranza del difunto: con que es preciso contentar à otros, principalmente de aquellos que viven entre sus Vassallos.

Quándo se sue la cobrar con rigor.

Esta desgracia suelen experimentar los sujetos à jurisdicciones de Prelados; no porque en estos Señores Eclesiasticos falte la piedad, que demuestran en sus diarios procedimientos, sino porque viviendo retirados del comercio del mundo, y alexados de las pobres chozas de los Labradores, no pueden entender (à lo menos con conocimiento práctico, que es el que solo dá vivos colores à las ima-

(2) Balmaseda *de Collect. q.* 4. *n.* 18. Lagunez 1. *c. num.* 140. *ex leg.* 8. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recopil.*

imagenes de los objetos) lo que paſſa en ellas. Sus rentas, y con eſtas las Luctuoſas, ſe cobran por Arrendatarios, en quienes no haviendoſe en modo alguno transferido con el arriendo la piedad de quien lo hizo, no creen deber diſpenſar gracia alguna à los pobres difuntos, y ſus herederos, de lo que ellos dicen tener comprado con ſu proprio dinero, reſpondiendo fuertemente à las inſtancias de las pobres viudas, y huerfanos, que acudan al Prelado, que le rebaxe del arriendo la gracia que le piden. Eſte recurſo jamás ſe hace, porque ſe conocen bien las dificultades que hay en practicarlo.

Aun no obſtante, los Arrendatarios ſon hombres, y viven con todo el vulgo en la opinion que eſta coſtumbre es tyranica. Hay en muchos de ellos ſentimientos de equidad; y ſi conocen que ſu arriendo les ſale lucrativo, no es dificultoſo ajuſtar con ellos alguna moderacion; pero ſi es que preveen algun rieſgo de pérdida, ſe hace incomponible con ellos ajuſte moderado, aplicandoſe à sì miſmos en eſtas circunſtancias el axioma que dice, que la caridad debe principiar por quien la exerce.

Es ſin duda digno de la mayor commiſeracion vèr à una pobre muger afligida con la muerte de ſu marido, y fiel compañero en ſus trabajos, rodeada regularmente de un fecundo numero de niños, como es regular en las Gallegas, deſnudos, ò mal veſtidos; cuyos deſconſuelos, tanto mas ſe aumentan, Circunſtancias en que ſe hace mas odioſo eſte tributo.

 quan-

quanto los considera sin padre, el que apenas sacan el cadaver de casa para darle sepultura, quando tambien le llevan el mejor buey de su labranza, ò la mejor baca de leche. Una muger de esta classe, cuyas esperanzas se reducian à sacar de las entrañas de la tierra con el auxilio de algun hijo crecido, ò de algun pariente, el alimento para aquellos huerfanos, si le despojan del buey de labranza, le privan del auxilio destinado por naturaleza, con que fortificaba su esperanza: si le privan de una baca de leche, le roban la mas abundante provision, en que afianzaba el nutrimento de sus hijos.

Si, como muchas veces acontece, la muerte de la viuda sigue sin mucha intermission à la de su marido, el segundo buey vá à buscar su compañero, y la casa de los huerfanos despojada de entrambos: sus tierras incultas, ò mal cultivadas, porque les faltan los precisos auxilios, con los que pudiendo ser utiles à la República, como Labradores, se convierten sin ellos en inutiles, ò nocivos mendígos.

Luctuosa perjudicial à la agricultura.

Además de la razon de commiseracion, que solo mira al perjuicio particular, hay otras, tanto mas fuertes, quanto tocan al perjuicio público. Como no puede dudarse, que la agricultura sea una de las mas sólidas raìces de las riquezas del Estado, ò la verdadera productora de sus mas ventajosas comodidades, assi tampoco debe ponerse en duda, que sin animales de labranza no puede sos-

te-

tenerſe. La Luctuoſa, pues, deſpojando à los Labradores de los animales de labranza, deſpoja al Eſtado de ſus verdaderas riquezas, y de ſus mas ventajoſas comodidades.

Reflexionemos mas bien eſte importante punto. Es conſtante, que en las mas de las caſas de Labradores hay algun padre anciano, ò viuda, ù otro pariente, ò parienta, que fuè caſado, y viven en compañia, ayudando al trabajo del padre de familias. Es por conſiguiente conſtante, que en las mas de las caſas, además del de alguna ineſperada muerte, hay un rieſgo actual de pagar en breve alguna Luctuoſa. Los Labradores, pues, que igualmente ſienten el interès de la Luctuoſa, como el pagarla, por el concepto en que viven de tyranica, no tratan de tener buenos bueyes de labranza, que hayan de ſervir para el pagamento de eſte fúnebre tributo, contentandoſe con unos ganados de poco valor, inſuficientes para las penoſas taréas de la agricultura. Y ſi es que aùn los tienen, ſobrepujando el comun rieſgo, apenas lo vèn probablemente proximo, quando ſe deshacen de ſus precioſos bueyes, de los que viven deſpojados en quanto dura el peligro; y aſsi, las mejores Luctuoſas ſon de las muertes mas funeſtas, eſto es, de las repentinas, para añadir mas afliccion à un mayor deſconſuelo. En todo eſto, claro es padece mucho la agricultura, y por conſiguiente la República, à quien es tan neceſſaria.

Deſpues de eſcrito eſto, ſucediò el ſiguien-

Exponense otros agravios que el bien comun recibe, con ocasion de Luctuosa con un caso reciente.

te caso, que aunque parezca minimo en su substancia, no es poco explicativo del agravio, que el bien comun recibe en la Luctuosa.

Haviendo dos hombres temerariamente emprendido, en un dia de grandes avenidas, transitar en un pequeño barco, el Miño, dirigiendose à sus Aldèas, el uno se ahogò, y el otro saliò con mucha dificultad. Luego que el Arrendatario de la Luctuosa de aquel Partido supo este lance, antes que se sacasse el cadaver del rio, ò huviesse noticia autentica de esta muerte, se fuè à casa de la viuda del ahogado, y con autoridad de Justicia extrajo la mejor de dos bacas, que en ella havia, poniendola en poder de un tercero por via de deposito de tan lugubre tributo.

El ahogado, y su muger eran tan pobres, que no tenian animales proprios para el cultivo de sus tierras, y solo à favor de un vecino usaban de aquellas bacas con cierto pacto de lucro, ò gananciales en sus creces, y crias, segun la costumbre del Paìs. Haviendo la viuda dado parte al dueño de las bacas de la extraccion, que no havia podido impedir, acudiò èste ante el Juez, haciendo sus diligencias sobre la recuperacion del animal depositado. Tuvo la fortuna de haver hecho el entrego de estos animales al difunto à vista de testigos, por cuya informacion constò ser aquellas bacas las mismas que el dueño havia entregado. Aun no obstante, por in-

cidentes que ſe ofrecieron, ſolo pudo conſeguir haſta ahora, deſpues de no pocos gaſtos, y moleſtias, el que ſe le entregaſſe el animal depoſitado, con fianza de bolverle quando ſe le pida.

Eſte exemplar embuelve mas conſequencias perjudiciales al bien comun de las que à la primer inſpeccion ſe manifieſtan; porque es muy frequente, que los Labradores uſen de animales agenos para ſus labranzas, con el pacto acoſtumbrado de gananciales. Eſta eſpecie de comercio es utiliſsima à la República, pues por èl ſe conſigue, no ſolo el que no falten animales para el cultivo, ſino tambien ſu multiplicacion. El eſtorvo en eſte trato perjudica gravemente à la Comunidad; pues faltando al Labrador caudal para proveerſe de eſtos animales, y no pudiendolos adquirir de otro modo, ſus tierras quedarian incultas, pudiendo aprovecharſe la República en ſu produccion; y ſus paſtos quedarian inutiles, pudiendo ſervir para la nutricion, y fecundidad de eſtos animales. Y quién, reconociendo las dificultades que padecen los dueños en reintegrarſe en ellos, y libertarlos del tributo de la Luctuoſa, ſe querrá exponer à gaſtos, y moleſtias?

Es verdad podrán retirarlos quando vean algun rieſgo; pero quién prevendrá el rieſgo de una muerte repentina, ò deſgraciada, como la de nueſtro exemplar? Ni pierde poco el bien comun en que eſte comercio falte en las caſas en donde hay otros rieſgos, aunque

no sean del mismo orden.

Es verdad tambien pueden los dueños, quando entreguen à los Labradores estos animales, precaucionarse con buenos Documentos, por los que conste en toda contingencia ser suyos. Pero què, será preciso otorgar en cada uno de estos entregos un Instrumento guarantigio? O en las diarias mutaciones, y transmutaciones de ganados llamar testigos fidedignos para hacer informacion quando se ofrezca? Esto hizo el de nuestro exemplo, y no obstante no se libertò de gastos, y molestia; y acaso, à no hallarse con animo, y medios para litigar, perderia su alhaja. Las marcas, ò señales que suelen poner los dueños à sus ganados, no son suficientes para libertarlos de este tributo; pues pueden ser fingimiento con animo de defraudarle; ni esta precaucion faltò al de nuestro exemplo, sin que por esto quedasse essento de varios tropiezos. Mas laudable es la buena fé con que se procede en este trato en los parages que desconocen este triste tributo de Luctuosa.

Ultimamente, interessandose tanto la República en este comercio, como de quien pende, no menos la cultura, y produccion de granos, que la multiplicacion de estos animales, tan utiles, por tan varios respectos, à la sociedad, no debia en èl tolerarse el mas leve obstaculo, pues en qualquier estorvo sufre mucho el bien comun.

Añado por conclusion à lo dicho, en assunto de Luctuosa (por ahorrarme de decir mu-

mucho mas) que las diferencias, y pleytos que en esta materia se suscitan, no pueden ser mirados de mal semblante por los Jueces immediatos, que los mismos dueños de las jurisdicciones, à quienes pertenece la Luctuosa, ponen à su placer, y que contribuyen no poco, por no incurrir en la nota de ingratos, à fortificar esta possession.

Frequente ocasion de sostenerse este tributo, sin embargo de su odiosidad.

ABADIA.

LA segunda especie de Luctuosa, que llamamos Abadia, verosimilmente tomò este nombre del tratamiento de Abad, que comunmente damos en Galicia à los Parrocos. Solo, pues, propriamente nombramos Abadia à aquel tributo, que los Curas, como tales, perciben de los cadaveres de sus Feligreses (1). No solo en Galicia, sino tambien en otras partes, es conocida esta costumbre; pero con el nombre general de Luctuosa. (2).

Etymologia del nombre Abadia.

Aunque esta percepcion puede ser de algun quadrupedo, como la Luctuosa, se reduce comunmente al mejor vestido del muerto, ò à su cama, y à veces à entrambas cosas: y de esto, por lo regular, una pieza de vestir, ò de ropa de cama, ò entrambas. Hay parage en donde ni los zapatos del muerto, ni los pendientes, ò almendrillas de la difunta, quedan

Què se comprehenda en este tributo.

(1) Garcia *de Expens. cap.* 9. *n.* 1. *cum seq.*

(2) Gutierrez *Canonic. lib.* 2. *cap.* 21. *n.* 160. Barbosa *de Offic. & potest. Parochi, cap.* 24. *n.* 32.

dan exceptuados. No hay en esto regla fixa, pues la costumbre varìa de Lugar à Lugar, tanto sobre la quantidad, y qualidad de la contribucion, como de las personas que deben contribuir, y en algunos falta absolutamente.

Luctuosa, y Abadia no son incompatibles

Estas dos especies de Luctuosa no son incompatibles, y entrambas se pagan en donde hay costumbre, pues la que percibe el Dueño de la jurisdiccion, nada tiene que vèr con la que se paga al Parroco.

Abadia, y Luctuosa no son tributos igualmente odiosos.

Los DD. no conocen en la Abadia el tyranico origen que comunmente dán à la Luctuosa. Tan rigidos contra esta se demuestran, como favorables à aquella. Para la Abadia se contentan con possessión decenaria, ò de diez años, quando para la Luctuosa apenas se contentan con prescripcion immemorial. (1)

No obstante no puede negarse, que la Abadia, quando por lo general no deba contemplarse tan odiosa por el piadoso motivo, que debe presumirse haverle dado origen; ni sea por lo general tan gravosa, por reducirse à menos su contribucion, no contenga mucho de irracionabilidad. Los perjuicios al público son los mismos que en la Luctuosa, quando es una misma la contribucion, con sola la diferencia de la persona à quien se contribuye.

Origen de la Abadia.

A uno de dos motivos debemos referir la Abadia. Acaso antiguamente en Galicia se observò (lo que fuè costumbre universal de la

(1) Garcia *de Expens. d. cap.* 9. *n.* 84.

la Iglesia) (1) el dár sepultura à los cadaveres, sin que el difunto contribuyesse con expensa alguna; y que los herederos, en gratificacion del beneficio que recibian, se demostrassen liberales, dando à la Iglesia, ò su Rector la mejor alhaja de las que posseia el difunto; y que esta liberalidad passasse despues à obligacion, y costumbre. Si este fuè su origen despues que los derechos de funeral se pagan con entera exactitud, debiò cessar este tributo.

Otro origen mas verosimil podemos dár à esta costumbre, y es la antigua pobreza de los Parrocos de Galicia, que apenas percibian de sus Parroquias la congrua sustentacion para sus personas. Si esto sucedia aun en otras mas fertiles Provincias, quánto mas en muchos parages de Galicia, en que la tierra con dificultad se sujeta al cultivo, y es no pocas veces ingrata à su cultura; ò lo que es mas cierto, no havia manos que la cultivassen, porque la poblacion era menos. Con poca reflexion que se haga, se hallará, que en los parages en donde los Fueros, ò Emphyteusis, de que hemos hablado en el exemplo precedente, están con comodidad; adonde algunos años antes havia una sola casa, reconocemos hoy dos, tres, ò quatro, cada una con su padre de familias: y subiendo algunos años atrás, hallarémos diez, quince, y mas casas, que cultivan el terreno, que una sola tenia antes à

Otro origen mas verosimil.

(1) D. Lara *de Anniversar. & Capellan. lib.* 1. *c.* 25. *n.* 38.

a su cuidado. Quanto mas se multiplican las personas, mas se aumentan las manos para el trabajo, y los diezmos al Parroco. Reconocemos tambien por la experiencia, que la pobreza de los Curatos, ò Parroquias, no pudiendo antiguamente contribuir cada una de conveniente alimento à su Rector, ha procurado la union de dos, tres, y mas Parroquias, que sin embargo de mantenerse con la antigua union, son hoy muchas de ellas, cada una de por sì suficientes à mantener su Cura.

Que este tributo debiò cessar, cessando su causa.

Quando, pues, los diezmos de estas Iglesias eran insuficientes para la congrua sustentacion del Parroco, fuè razonable la introduccion de costumbre, de que el Feligrès muerto, quando yá menos lo necessitaba, diesse à su menesteroso Cura alguna, ò algunas de sus mas preciosas alhajas, en cuyo sentido habla el señor Covarrubias (1); pero yá que comunmente cessò aquella causa, no parece razonable siga su triste efecto (2)

Irregularidad en este tributo.

Aun se vè en esto una cosa bien irregular, que parece contraria à lo que dexamos dicho, ò al origen que acabamos de señalar. Tan frequente es que los Abades ricos cobren esta Luctuosa, como la falta de possession en aquellos, cuyos reditos no son assi pingues, ò son verdaderamente tenues. Pero es facil advertir, que quanto mas rico es un Cura, mas

(1) D. Covarrub. *lib.* 1. *Variar. cap.* 17. *n.* 3.

(2) *Cap. Cum cessante cum vulgari de Appellation.*

mas imposibilitados se hallan sus Feligreses de sacudir un yugo, que ellos reputan por tyranico, y que no obstante los Curas se creen obligados à defender, reputando indecoroso dexar olvidar en su tiempo una costumbre en los passados tan sostenida. La menos opulencia de otros Curas facilita el olvido de la possession, y costumbre, sin la que no hay Abadia; porque la falta de los aprontos necessarios para seguir los pleytos, hace olvidarlos à sus Agentes.

Este mismo origen de la pobreza de los Curatos debemos señalar à los exorbitantes derechos de funerales, que en algunas partes de Galicia hay costumbre de exigir, y cuya imposicion debiò cessar, haviendo cessado la pobreza que los motivò; pero de esto aqui no tratamos.

Es consiguiente à esta costumbre de la Abadia una indecencia contraria al asseo natural, y compostura. Es constante, que en la opinion en que viven los Feligreses de la tyranìa de este derecho, no hacen escrupulo de ocultar en quanto pueden las alhajas que deben servir para su triste contribucion: à lo que es consiguiente no vestirse mugeres, ni hombres, ni aliñarse con aquella decencia, con que podian hacerlo, segun sus mas, ò menos comodidades.

Indecencia contraria al asseo natural, es consiguiente à la Abadia.

Como la mejor gala que se suela vestir un Labrador en toda su vida sea el dia de sus bodas, este vestido, ò la mejor pieza de èl, oì algunas veces decir, era la prenda de la

Aba-

Abadia; (recuerdo ſin duda muy eſpiritual, para que los nobios no olviden en el dia de ſu mayor regocijo, el de ſu muerte.) Pero como entre eſtos dos dias ſuela promediar tiempo, en que ſe haya conſumido aquel veſtido, es mas regular reputarſe para eſta luctuoſa el con que el difunto huvieſſe aſsiſtido à la Parroquia el dia del Patron, ò Santo titular de ella, ò en las Feſtividades Paſcales. De aqui es, que en donde hay eſta triſte coſtumbre, ſuelan los Feligreſes, principalmente ancianos, veſtirſe en eſtas ſolemnidades las ropas mas andrajoſas, haciendo de eſte modo los dias mas feſtivos de la Igleſia, los mas lobregos, y enlutados.

Eſta indecencia fuè de tanto peſo en un buen Cura, que me proteſtò, que en lo venidero no cobraria mas Abadia, que queria mas bien vèr à ſus Feligreſes adornados con la decencia poſsible en la Parroquia, que el interès de un tan miſerable tributo, principalmente quando ſu Curato, aunque no de los mas opulentos, no le preciſaba à eſtas triſtes mendigueces. Pero infelizmente los deſeos de eſte buen Cura no pudieron lograr el efecto que deſeaba, porque tenia por participantes en la Abadia los que concurrian con èl à la percepcion de los diezmos, à quienes no fuè poſsible reducir à ſu dictamen; y aſsi no pudo, ni libertar à ſus Feligreſes de eſta triſte poſſeſsion, ni hacerles mas gracia de la que cabia en ſu contingente.

Aun la indecencia debe ſer mas ſobreſa-

lien-

liente en las Parroquias, en donde se paga por Abadia la cama en que dormia el difunto, ò algun ropage de ella. Al deber de un Christiano, corresponde despues de la interior purificacion de su alma, la compostura exterior del aposento, y cama, en donde ha de recibir el Santissimo Viatico. Pero cómo podrán de buena gana los familiares del enfermo moribundo esmerarse en esto, quando preveen, que es exponer à la vista del Parroco los despojos, que han de servir para la satisfaccion de la lugubre Luctuosa? Sin duda es prudente el rezelo de que ocultando las mejores ropas, pongan à sus ojos las mas viles, faltando à la decencia tan debida en tales circunstancias.

ESPOLIO.

EL Espolio que pusimos en la tercer classe de Luctuosa, y entendemos ser la que pagan los Clerigos difuntos à sus Superiores Eclesiasticos, no embuelve menos irracionabilidades, è incertidumbres, que las dos restantes especies, que dexamos señalado. Como sea la costumbre la que en todo regúla este derecho, que varìa mucho de Obispado en Obispado, no es possible determinar lo que en cada uno se observe.

Pagan, pues, Espolio los Clerigos inferiores, aunque sean Parrocos, à los Superiores, no solo à los Obispos, sino tambien à los Arcedianos, y otros Dignidades, y à veces à so- Què personas paguen, y cobren Espolio.

solo Canonigos de las Iglesias Cathedrales, y aun estos mismos las solian pagar; y aun pagan en algunos parages à los Prelados (1).

Què se pague por Espolio.

Los DD. que no teniendo luz legal, ò canonica en esta materia, se hallan reducidos à escribir solamente lo que vieron practicar en los Paìses de sus residencias, ò lo que en otros AA. han leìdo, señalan para este tributo la mejor alhaja, que haya quedado entre los bienes del Clerigo difunto (2).

Origen del Espolio.

Y por lo que mira à su origen, sienten variamente: quieren algunos hallarlo en la succession de los Obispos, y otros Dignidades, y Personages Eclesiasticos, à los simples Clerigos, y Parrocos, y que en memoria de este derecho se haya conservado la presente Luctuosa (3). No me paro si en algun tiempo, de que no hay yá noticia alguna, pudo introducirse tal costumhre de succession, y que abrogada ésta, sólo quedasse en su memoria el Espolio de que tratamos. Pero es cier-

(1) En el Archivo de la Santa Iglesia de Toledo, primada de las Españas, se conserva un Privilegio del Infante Don Sancho, hijo de San Fernando el III. entonces electo Administrador, y despues consagrado Arzobispo de dicha Santa Iglesia, en cuya virtud exime à los Dignidades, Canonigos, Racioneros, y Capellanes de su Iglesia del tributo de la Luctuosa. Es de data de veinte y tres de Julio, Era de mil ducientos noventa y seis, ò año de Jesu-Christo de mil ducientos cinquenta y ocho.

(2) Mostazo *de Causis piis*, *lib.* 8. *cap.* 14. *n.* 71. Garcia *de Expens. cap.* 9. *à n.* 1. Gutierr. *lib.* 2. *Canonic. cap.* 21. *n.* 160.

(3) Mostaz. *d. n.* 71. & 77.

cierto, que tal coftumbre no recibe del Derecho Canonico, en quanto habla de la fuccefsion à los Clerigos, el mas leve fomento.

Aunque en efte punto fe vean en los DD. algunas perplexidades, no creo necefsitamos mucho tiempo para exponer los Canones que en ello hablan, y lo que los DD. comunmente fienten; lo que harè con tanto mas contento, quanto me es muy util efta prenotacion, para rebatir las increìbles monftruofidades, que femejante coftumbre produjo.

Del modo de fucceder à los Clerigos en fus herencias fegun los Canones.

Hemos de diftinguir en los Clerigos tres diferencias de bienes: Unos adquiridos con refpecto à la Iglefia, efto es, provenientes de Beneficio, ò agenciados con fus frutos, ò con el eftipendio del oficio Clerical: Otros, que fon de fu patrimonio, heredados por fus mayores, ò donados fin refpecto à la Iglefia, ò adquiridos por fu induftria. Los que los DD. llaman parfimoniales, efto es, que el Clerigo ahorrò cortando de fu decente fuftentacion, fe reputan en la claffe de los patrimoniales, aunque en fu origen fueffen de otra qualidad.

De los bienes de la primer claffe no podia, ni puede, fegun los Canones (1), Clerigo alguno Beneficiado, de qualquier gerarquia que fea, hacer teftamento, ni otra difpoficion, teniendo por precifa, y forzofa fucceffora la Iglefia en donde poffeìa el Beneficio,

(1) *Cap. Quorundam* 1. *cap. Cum in officiis* 7. *cum aliis de Teftament.*

y por succesor, ò mas bien Administrador, y Dispensador el nuevo Beneficiado (1); pero de tal modo, que si en la Iglesia del difunto havia un solo Beneficio, y succesor, éste era el que solo succedia: si en la Iglesia havia mas Beneficiados, cedia la herencia en util dispensacion de todos los compañeros (2); sì bien que los Canones no reprueban la costumbre, en donde la huviesse, de testar el Beneficiado de algunos muebles en favor de pobres, ò lugares religiosos, ò de sus criados, yà parientes, yá estraños, segun el merito de su servicio (3).

En los bienes de la segunda classe, esto es, patrimoniales, industriales, y parsimoniales, no tiene el Clerigo, aunque sea Beneficiado, prohibicion alguna de disponer à su voluntad, y arbitrio, yá en su vida, yá à la hora de su muerte; y muriendo sin testamento, ni otra disposicion, succedian como en bienes profanos sus parientes, segun las Leyes Civiles (4). De modo, que para precaver se hiciesse fraude à una, y otra succession, encomendaban los Canones el cuidado, que estos bienes estuviessen separados (5).

Pero en caso que el Clerigo muerto abintestato no tuviesse parientes, ò no fuessen ca-

(1) Vide Mostazo *d. lib.* 8. *cap.* 14. *n.* 4.

(2) *Cap. Relatum* 12. *de Test. ment.*

(3) *Ut in d. cap. Relatum.*

(4) *Cap. Quia nos* 9. *de Testament.*

(5) *Cap. Sint manifesta, cap.* 12. *q.* 1.

capaces de succession, entonces, aun en estos bienes patrimoniales, succedia la Iglesia en donde tenia el Beneficio, à imitacion de las Leyes Romanas, que llaman à la succession, en defecto de parientes en decimo grado, al marido, y á la muger, y la Iglesia se reputa Esposa del Beneficiado (1).

Si el Clerigo no posseia Beneficio, como entonces no tenia propriamente esposa à quien se difiriesse el derecho de succeder, à la manera que en defecto de parientes, marido, y muger, segun el Derecho Romano, succede à los legos el Fisco Real; difieren los AA. la succession al Fisco Episcopal (2). Solo, pues, el Obispo, en sentir de los DD. podia succeder al Clerigo no Beneficiado, è intestado, en el raro caso de ser preferido al Fisco Real, quando éste, si el difunto fuesse lego, le huviera de succeder.

La costumbre derogò variamente à este derecho. Sandoval, Historiador Español (3), assegura, que los bienes de los Prelados, y otros Beneficiados, pertenecian antiguamente al Rey. Pero Mastazo (4) no se persuade, que esto fuesse assi, y que quando mas sería un privilegio temporal; no haciendosele creible, que el Fisco se desnudasse tan facilmente de una

La costumbre immutò aquel derecho.

P 2

(1) Reiffenst. *in Jus Canon. ad tit. de Succesione abintestato*, §. 4. *n.* 62.

(2) Reiffenstuel *loc. citat. n.* 63.

(3) Sandoval *en la Vida de Don Alonso VII. Emperador de España.*

(4) Mostazo *d. lib.* 8. *cap.* 14. *n.* 3.

una cosecha tan pingue.

Succession de la Camara Apostolica.

Sea como se quiera, lo cierto es, que los S mos Pontifices reservaron para la Camara Apostolica el derecho de succeder à todo Eclesiastico Beneficiado, no siendo el Beneficio tan ténue, que no llegasse à valer treinta ducados de oro de Camara; y no solo se reservaron la succession, ò espolio (que assi se llama todo lo que queda à la muerte del Beneficiado) sino tambien todos los frutos de dichos Beneficios, ò Prelaturas vacantes hasta su nueva provision (1).

Aunque en este assunto se expidieron varias Bulas por los Sumos Pontifices, no se halla hayan tenido observancia; porque amargamente llevaban los Españoles, como otras Naciones, el que los ricos despojos de los Eclesiasticos passassen à Italia. Aun sin embargo, se practicò en los Reynos de Castilla, y Leon, y todas sus Provincias, quedando libre el resto de España, Indias, &c. y en dichos Reynos de Castilla, y Leon, solo en quanto à los Obispados, no incluyendose otros Beneficios inferiores. Assi se observò hasta el ultimo Concordato entre las Cortes de Roma, y Madrid, en tiempo del Señor Rey Don Fernando el VI. (que goce de Dios) año de mil setecientos cinquenta y quatro, en que se diò la conveniente disposicion, que nadie ignora.

En

(1) Azor *Instititut. Moral. p. 2. lib.* 8. *cap.* 1. *cum seq.* Mostazo *ubi supra à num.* 5. Antunez *de Donation. Regiis, lib.* 1. *prælud.* 2. § . 7. *num.* 89.

En quanto à otros Beneficiados, prevaleciò en España, como en otras partes, la costumbre de que sin distincion de bienes patrimoniales, ò no patrimoniales, industriales, y parsimoniales, se difiriesse indistintamente la succesion à los parientes del difunto, del mismo modo, y en el mismo orden, que succeden en bienes profanos, los parientes abintestato à sus parientes, y sin menos facultad en el Testador de disponer de estos bienes, que de los profanos: costumbre, que aunque algunos AA. condenan como iniqua (1), defienden comunmente otros (2), y se halla aprobada por Ley del Reyno (3), y en ella vivimos.

Costumbre en la succesion à Beneficiados inferiores.

De lo dicho facilmente se infiere, que el origen de este Espolio, ò Luctuosa, que es el assunto de nuestro exemplo, no debe referirse al derecho de succesion de los Obispos, y Dignidades Eclesiasticas à los Clerigos inferiores, que nunca tuvieron, respecto de los Beneficiados, absolutamente; y en quanto à los no Beneficiados, solo los Obispos, por interpretacion, en el raro caso que dejamos dicho.

Por esto otros DD. refieren el origen de es-

Otro origen del Espolio.

(1) Reiffenstuel *ad tit. Decretal. de Succession. abintestato*, §. 4. *n.* 65.

(2) D. Solorzan. *de Jure Indiar. tom.* 2. *lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 11. & 66. D. Valenz. *tom.* 1. *cons.* 98. *n.* 30. cum aliis quos refert D. Gonzalez Tellez *in d. cap. Relatum* 12. *de Testam. n.* 2.

(3) *Leg.* 13. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recopil.*

este derecho fúnebre, en quanto á los Obispos, à un consuelo del Prelado en la muerte del Beneficiado, para que en algun modo sirva de temperamento al dolor, y afliccion, que debe ocasionarle su muerte (1), à cuya imitacion otras Dignidades procurarian proveerse de semejantes consuelos por los Clerigos, que mueren en sus distritos.

Verdadero origen del Espolio.

No dudo, que la costumbre en esta parte pudo razonablemente establecerse, principalmente en quanto à los Obispos, cuya verdadera causa pudo ser la antigua insuficiencia de reditos para su conveniente sustentacion, y distribuciones, que se hallan precisados hacer entre pobres, viudas, huerfanos, y otros miserables.

No obstante, no es inaudito entre nuestros DD. el presumir en esta especie de tributo el mismo origen, que en la Luctuosa; esto es, opresion, violencia, y tyranìa: y aunque por esto nada menos se contentan, que con la prescripcion immemorial probada sin omission de circunstancia alguna, del mismo modo que la Luctuosa, para que pueda sufragarles este derecho (2). Y sin duda, si advertimos à quántas irracionabilidades se estendiò en algunos parages esta costumbre, dificultoso es señalarle otro origen; en que es fuerza advertir, que en materia de costumbres, cada uno habla de lo que vè practicar, sin que

(1) P. Molin. *de Justit. & jur. tract.* 2. *disp.* 147. *n.* 17.

(2) Garcia *de Expensis, cap.* 9. *n.* 3.

que se pueda inferir consequencia de un Obispado à otro.

En el de Lugo, en que esto se escribe, el derecho de Espolio abraza, lo primero, la Luctuosa en su rigor, en el modo que la perciben los dueños de las jurisdicciones; esto es, el mejor animal quadrupedo, que haya dexado el Clerigo: y como suela ser la mula en que andaba à caballo, se suele reputar la mula, ù otra caballerìa arreada, y del todo dispuesta à montar, la primer prenda de este derecho. Lo segundo, abraza la Abadìa en toda su rigurosa exaccion; esto es, el mejor vestido del difunto, que entienden entero, y no menos enteramente la cama en que dormia. Lo tercero, la mesa cubierta, ò en disposicion de comer, con todos los cubiertos, y servicios à ella pertenecientes. Lo quarto, la decima parte, y media decima de los bienes del difunto, comprehensivamente los raìces. Lo quinto, no contentos los Espolistas con esta fúnebre cosecha, aun piden de dichos bienes depauperados, con saca de decima, y media decima, una octava parte; y sacada esta, otra octava, que explican, à diferencia de la primera, con el diminutivo nombre de octavilla.

Lo que comprehenda el Espolio en el Obispado de Lugo.

Y para colmo de irracionabilidad, contra todo dictamen natural, y contra todo lo que dicen los DD. que escribieron de este Espolio (1), no se hace distincion alguna de bie-

(1) Mostazo *d. lib.* 8. *cap.* 14. *num.* 75.

nes patrimoniales, ò no patrimoniales, parsimoniales, è industriales, sino que todos quantos el Clerigo possee, por qualquier titulo, causa, ò industria, y aunque jamás huviesse adquirido cosa alguna por respecto Clerical, todos vienen en esta contribucion (1).

El solo relato de una tal costumbre, basta à todo prudente para aborrecerla, y detestarla. Solo los que en ella se utilizan, piensan, que el perder esta, que llaman regalìa, serìa un notable detrimento à sus dignidades.

Concordias de Espolios.

Como esta exaccion, principalmente en Curas ricos, puede subir à gruessas sumas, y por otra parte estuviesse, como aun lo está, llena de infinitas incertidumbres, los Obispos, Arcedianos, Dignidades, ò Canonigos, trataron de concordarse con los Curas de las Parroquias, à quienes llamamos Abades, en cuyos respectivos distritos tienen sus Beneficios. Esta concordia, que es yá transcendental à los successores, se reduxo à hacerse los Abades perpetuamente tributarios de sus Espolistas, por redimir aquel funesto tributo de la muerte. Y assi de hecho se vè, que los Parrocos, pagando annualmente ciertas medidas de trigo, ò centeno, mas, ò menos, segun se pudieron ajustar, no se les cobra à su

Concordia con los Parrocos.

(1) En lo adquirido por ilicita negociacion, ò comercio prohibido à los Eclesiasticos, entraba el Espolio de la Camara Apostolica, segun Bulas Pontificias, las que jamás, en quanto á esto, se recibieron en España. Mostazo *de Causis piis*, *lib.* 8. *cap.* 14. *numer.* 10.

su muerte cosa alguna por razon de Espolio.

Viven, pues, los Abades con el annual tributo, sin el susto de aquel horrendo despojo; pero si, como mas de una vez sucede, casualmente la muerte les coge fuera del Obispado, no les liberta la concordia de pagar Luctuosa en la quantidad, y segun la costumbre que haya en el Obispado, en que les cogiò la muerte; porque como dicen los Espolistas, impropriando la sentencia del Evangelio, en donde està el cuerpo, alli le comen los cuerbos (1): irracionabilidad bien manifiesta.

A imitacion de los Parrocos, tambien procuraron concordarse del mismo modo otros Clerigos. El tributo de èstos, ni puede ser muy quantioso, ni dificil de ajustar, porque no es regular vivan estos Clerigos no Beneficiados con grandes comodidades; pues aunque en el Obispado haya un exorbitante numero de Capellanias, pocas hay que sean decentemente pingues: de muchas de ellas apenas subsiste mas que el nombre, y la descripcion de los bienes de su dotacion. Los que se ordenan à titulo de Patrimonio, raro hay que de èl use, porque agradecidos los Donatarios à sus Donantes, sin embargo del derecho que tienen à disfrutar los bienes donados, se abstienen de ellos, viviendo de lo que reditua la corona. Concordia con otros Clerigos no Parrocos.

La

(1) *Ubicumquè fuerit corpus illic congregabuntur, & aquilæ.* Matth. 24. v. 28. Lucæ 17. v. 37.

La pension, pues, annual, libertadora de las tragedias del Espolio, solia ser antes de ahora con Clerigos pobres tres, ò quatro reales, al presente, ò porque el precio de las cosas vá siempre en aumento, ò porque esta costumbre vá tomando todos los dias mas vigor, yá sube à seis, ù ocho reales, segun la equidad de los Espolistas; y algunos no suelen exceder lo cota antigua. Si el Clerigo es de los industriosos, ò tiene buena Capellania, ò bienes patrimoniales, à este respecto se le carga esta gavela. Los que passando mucho tiempo en venir à concordia, yà declinan à ancianidad, como el annual tributo de estos, à no ser duplicado, ò triplicado, no puede proporcionarse à la quantidad del Espolio, es preciso ajustarse à este respecto. Sì bien, que la edad, y habitud del Espolista tambien debe contribuir à la composicion, siendole mejor à éste assegurarse de una pension annual, que la expectativa de un Espolio, que acaso no llegará en sus dias, y será cosecha de su successor.

Como la concordia de los simples Clerigos, ò no Beneficiados, no pueda ser transcendental à successor alguno, y sea preciso à cada Clerigo el componerse por sì, dá motivo à otra manifiesta irracionabilidad, que se demuestra en que muchos de los simples Clerigos están mas tributados, que algunos Abades; porque estos están concordados en tiempo antiguo, en que la costumbre de este Espolio no tenia los ensanches, y facilidades, que aho-

ahora, y aſsi la penſion que pagan no es exorbitante en comparacion à las rentas de ſus Curatos; pero à los pobres mercenarios, y Capellanes ſe les carga con una penſion arbitraria, à placer de los Eſpoliſtas, que tal vez excede à la que pagan los ricos Curas Beneficiados.

Práctica en la cobranza de los Eſpolios no concordados.

Los que, ò hallan gravoſo pagar eſtas penſiones annuales, ò confiados en ſu robuſtéz, no pienſan en los fatales accidentes, que ſobrevienen à la vida, ò eſperan la aſſecucion de algun Beneficio, cuya concordia les exima del Eſpolio, ſi la muerte previene ſus eſperanzas, ſon los que mueren ſujetos al rigor de eſta terrible contribucion. A pocos dias de la muerte, los herederos del difunto hallan ſobre sì un inexorable executor, para liquidar ſi el muerto tenia mula, caballerìa, ù otro quadrupedo, què veſtidos, cama, ò de què ſervicio de meſa uſaba, como perteneciente todo eſto al Eſpolio: y lo miſmo para averiguar el valor de ſus bienes, para llevarſe el importe de la decima, media decima, octava, y octavilla.

Es lo regular, que un Sacerdote de eſtos viviеſſe en compañia de un hermano, cuñado, ò ſobrinos, y que entre ellos no huvieſſe diviſion alguna de bienes, como ni de fuego, meſa, ò manteles; à lo menos es muy frequente, que el Clerigo muerto tuvieſſe bienes patrimoniales; eſto es, legitima paterna, ò materna *pro indiviſo* con la de ſus hermanos, ò ſobrinos, ſin que jamás ſe haya practi-

ticado division. Todos saben las dificultades que hay, tiempo, y expensas que se necessitan en estas particiones, y sin embargo son del todo necessarias para liquidacion del importe del Espolio. Estas dificultades no detienen al executor, que prosigue en sus diligencias, y apremios, devengando salarios à quenta de los herederos.

Corren estos los Estudios de varios Abogados, quienes con mucha entereza responden por la materialidad, y seguro de esta costumbre. Si alguno mas advertido reflexiona sobre la irracionabilidad de este impuesto, no por esto puede dár mas consuelo à su consultante; porque además de la incertidumbre de todos litigios, ser ésta como causa comun de todo un poderoso Cabildo, que siguiera con todo esfuerzo. Son de este mismo cuerpo los Jueces Subdelegados de la Santa Cruzada, à cuyo Tribunal no es inusitado recurrir para esta, como para otras exacciones dificiles, y cuyos recursos contra los agravios, están no menos distantes, que en la Comissarìa General, que reside en Madrid, sin que ninguna Justicia del Reyno tenga el mas leve arbitrio en impedir su curso. Y quando en la Audiencia Eclesiastica se ventile esta controversia, no debe ser menos formidable à los herederos el poder de la Comunidad contra quien deben litigar. Los gastos, y grandes dificultades de los recursos necessarios, ponen en mucha perplexidad al Abogado, y en mucho conflicto à los herederos del muerto.

Què

Què harán, pues, estos sino tratar de composicion con los Espolistas, sujetandose à su arbitrio, procurando moverles à compassion, segun naturalmente fuessen movibles? Assi vemos diariamente terminarse estas diferencias.

Controversias de Espolios siempre terminan por transaccion.

Tratando yo de la dureza de esta exaccion con algunos interessados, me dicen, que este derecho nunca se lleva al extremo rigor, y que siempre termina por concordia. No dudo que assi regularmente suceda; pero esta es una concordia sin libertad, hecha en atencion à una costumbre, que se supone cimentada en fundamentos de Derecho, de que no se descubre alguno; antes bien los Canones severamente encargan el que los Clerigos inferiores no sean gravados con exacciones, servicios, y otros impuestos por los Superiores (1).

Què hará, pues, un pobre heredero, constituido en las circunstancias que hemos expues-

(1) *Quia cognovimus Episcopos per Parochias suas, non sacerdotaliter, sed crudeliter desævire, & dum scriptum sit: Forma estote gregi, nec ut dominantes in Clero exactiones Diœcesi sua, vel damna infligant: ideo censemus (excepto, quod veterum constitutiones, à Parochiis habere juvent Episcopos) ut alia, quæ illis huc usque præsumpta sunt, denegentur: hoc est, nec in angariis Presbyteri, aut Diaconi, nec in aliquibus fatigentur indictionibus: ne videamur in Ecclesia Dei, exactores potius, quam Dei Pontifices nominari... Ut ex Concilio Toletano III. refertur in cap. Quia cognovimus 6. cap. 10. q. 3. Consonat text. in cap. Nullus Episcopus 124. cap. 1. q. 1.*

puesto? Lo mismo que un Gobernador de una Plaza, rodeado de insuperables enemigos, sin viveres, municiones, ni gente para su defensa. Con la misma libertad con que éste capitúla con sus enemigos, rindiendo la Plaza, con la misma se concuerda el heredero con el Espolista.

Refierense con un caso práctico algunas corruptelas en este assunto.

Finalmente, para que se pueda entender con quánta corruptela en esto se proceda, referirè un caso, que oì à un Sacerdote anciano, persona de toda integridad, y que èl mismo manejò. Haviendose muerto un pobre Clerigo de los no concordados, cuyos bienes no llegaban à pagar la tercer parte de sus deudas, no obstante, la Dignidad, de cuyo distrito era el difunto, pidiò el Espolio: y aunque se le respondiò, que todos sus bienes distribuidos entre sus acreedores, aun quedaban éstos descubiertos en mucha parte de sus creditos, no fuè esta respuesta de su satisfaccion, ni se contentò con otra menos efectiva, que con el apronto de cierta partida de dinero, que fuè preciso contarle, por no exponerse à pleyto con sugeto de aquel caracter: à la verdad (segun el mismo Sacerdote me refiriò) sin vicio de interressado, pero muy zeloso de las regalìas de su Dignidad. La razon en que se fundaba era sumamente ridicula; pero tan fuerte en su sentido, que venciò à todas las que expusieron los acreedores, y Testamentarios del difunto. Decian éstos no poder cargarse Luctuosa, Abadìa, ò Espolio, sino de la herencia liquida del

del difunto (1), porque herencia folo fe decia lo que refta pagadas las deudas (2).

Nada de efto hacia fuerza à la Dignidad. Como para evitar el funefto golpe de efte Efpolio, los mas de los Clerigos, y generalmente todos los Parrocos, vivan, como hemos dicho, tributarios, decia efte Perfonage, raciocinando à fu modo, y confundiendo los dos cafos de concordados, y no concordados, que éfte era un tributo annual, y deuda que el difunto contrahia todos los años; y fegun eftos fe paffaban, afsi fe iba cargando con efta deuda, la qual de otro modo tenia todos los privilegios de caufa piadofa, por lo que no podia menos de fer contemplada con anterioridad à toda otra: razon, como dixe, verdaderamente ridicula, pero fuficiente para no motivar en la conciencia de quien la expufo efcrupulo alguno para dexar de fatisfacerfe de efte Efpolio, y hacer entender à los acreedores la gracia que hacia en el no cobro por entero, dexando para lo futuro un tan buen exemplar, que fon los fundamentos que foftienen coftumbres tan irracionables.

De efte modo el tiempo dá vigor à una coftumbre, que cada dia fe vá haciendo mas irracional, è intolerable. Y fi el docto Juan Garcia, Autor Gallego, que conociò en fus dias

La coftumbre de efte Efpolio no puede menos, que deber reputarfe por tyranica.

(1) Moftazo *dict. cap.* 14. *n.* 30.

(2) *Leg. Subfignatum*, §. *Bona*, *ff. de Verborum fignificat. cum vulgar.*

dias algunas costumbres de este Espolio, pero reducido à una sola alhaja de bienes del muerto, lo dá por tyranico, y violentamente impuesto por las Dignidades Eclesiasticas, à quienes se contribuye, no pidiendo menos que rigurosa prescripcion immemorial para sostenerle (1); quánto mas la experiencia de nuestros dias nos testifica la exorbitancia à que estendiò esta costumbre su irracionabilidad en todas sus partes, y la imposibilidad de resistirla? Todo esto pide una poderosa mano, que cortando las raìces perversas que se echò, sin embargo de qualquier antiguedad con que pretenda sostenerse, mundifique à la República de tan monstruosas irracionabilidades.

Si de Paìses nuevamente hallados, ò mas bien reconocidos en la America, ò en los senos de la Tartaria, nos viniesse relacion de semejantes costumbres, sin duda admirariamos la barbarie de los Pueblos en donde estuviessen establecidas. Sin embargo, tan poderosa, y eficáz es la costumbre, que por mas llena de horrores que parezca à los que jamás la experimentaron, la suaviza tanto la práctica, y experiencia diaria, que la desnuda de todo lo que parezca hacerla odiosa, è intratable.

Se me parece esto à aquellos aposentos cerrados, puestos al abrigo de toda ventilacion, los que no pudiendo menos que inficionarse

(1) Garcia *de Expens. cap.* 9. *n.* 3.

se con los halitos, y transpiracion, tanto de sus habitadores, como de otros cuerpos, que en èl se introducen, y que no teniendo salida, mas, y mas se corrompen, causando un ayre fetido, y pestilente; no obstante, nada de esto incomoda à los que en ellos acostumbran habitar; pero viniendo alguno de fuera de respirar à un ayre limpio, luego se siente de aquel pestilencial hedor, que solo la costumbre puede hacer soportable à los que en èl están habituados.

En el interin, los Clerigos que vivimos en la Capital del Obispado, debemos tributar gracias à Dios, y à nuestros mayores, que unidos contra tal violencia, y tyranìa, la desecharon fuera de la Ciudad, cuyos gruessos muros jamás despues pudo penetrar, dexandonos essentos de tan pesada carga; pero debemos tener cuidado de no alejar nuestra muerte de sus arrabales, principalmente en modo que se diga con alguna apariencia, hemos mudado de domicilio, ò solo Parroquia, porque entonces recibirémos el trato de forasteros, à lo menos expondrémos à nuestros herederos à muchas perplexidades, segun las de un caso en que pocos dias há fui consultado, cuyo molesto relato debo evitar.

EXEMPLO QUARTO.

Distribucion de la quinta parte de los bienes del que muere sin testamento.

SIN salir de derechos fúnebres, propondrè el quarto exemplo de las irracionabilidades, que entran en la costúmbre. Este será en

el quinto, ò quinta parte de los bienes del que muriò intestado, cuya quinta parte aplica la costumbre, además de al entierro, y funerales correspondientes, segun el estado de su persona, à otros sufragios por su anima.

Conozco ingenuamente, que esta costumbre dista mucho de las propuestas en el exemplo precedente, y que no hay en esta los motivos odiosos, que se reconocen en la Luctuosa, de qualquier especie que sea. Aqui el quinto cede en sufragio del anima del difunto, y se trata de poner en execucion un pensamiento, que verosimilmente se presume tuvo todo Christiano, que como tal viviò, de emplear en Sacrificios, y otros sufragios por su anima alguna parte de los bienes de fortuna con que al tiempo de su muerte se hallaba, y de que haviendole prevenido la muerte, no tuvo lugar à disponer.

No obstante, como en este assunto no hay Ley alguna dispositiva, y todo lo gobierna la costumbre, siendo ésta tan irregular en sus modos, no pudo menos que mezclarse en su progresso varias irracionabilidades perniciosas á la República, con que el fin principal, que induxo la tal costumbre, queda á veces subvertido.

Disposicion legal en quanto á funerales.

Dirèmos sucintamente lo que proveyò el Derecho en semejantes casos, y lo que la costumbre introduxo, de la que tambien inferirémos algunas de las consequencias, que juzgamos perniciosas.

En quanto al Derecho Romano, á que pare-

rece conforme nuestro Derecho Real de las Partidas, si el difunto dexò herederos abintestato, al cuidado de estos dexa el disponer en orden à sus funerales, segun la qualidad de la persona, sin que el Juez tenga intervencion alguna, mas que en compeler à los herederos, en caso que estos falten à su obligacion (1).

Si el difunto no dexò parientes, ò herederos, entonces incumbe al Juez el dár cumplimiento à un acto tan religioso, como es la sepultura, y funerales, que se acostumbran hacer (2). En el Derecho Canonico no se halla huviesse cosa alguna determinada en un punto suficientemente provisto por Leyes Civiles.

Nuestras Leyes Reales mas modernas, dando cierto orden en el modo con que los Comissarios, y Executores Testamentarios deban proceder, cortando ocasiones de fraudes, y haciendo mas lugar à poner en execucion los testamentos, y ultimas voluntades, dispusieron dos cosas, que tocan en el presente assunto.

Disposicion legal en quanto à funerales quando hay Executores, ò Comissarios.

Y supuesto que segun disposicion legal (3) nada puede hacer el Comissario, que lo que especialmente contiene el Poder, y señalò,

 y

(1) *Leg. Et si quis* 14. §. *Sumptus, ff. de Religiosis, & sumpt. funerum. Leg.* 7. *tit.* 10. *part.* 6.

(2) *Leg. Si quis sepulchrum* 12. §. *fin. cum leg. seq. ff. de Religios. & sumpt. funer. leg.* 12. *tit.* 13. *part.* 1.

(3) *Leg.* 31. *Taur. sive* 5. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*

y mandò el Teſtador, previene otra Ley (1), que quando el Teſtador no dexò nombrado heredero, ni poder eſpecial, y ſuficiente à ſu Comiſſario para practicar otras coſas, ſino ſolo facultad en general para hacer teſtamento, ,, que en tal caſo el Comiſſario ſolo pueda deſcargar los cargos de conciencia del Teſtador, que le diò el poder, pagando ſus deudas, y cargos de ſervicio, y otras deudas ſemejantes, y mandar diſtribuir por el anima del Teſtador la quinta parte de ſus bienes, que pagadas las deudas montáre, y el remanente ſe parta entre todos los parientes, que vinieren à heredar aquellos bienes abinteſtato...

Paſſa el Legislador à otro caſo, y dice (2): ,, Que quando el Comiſſario no hizo teſtamento, ni diſpuſo de los bienes del Teſtador, porque paſsò el tiempo, ò porque no quiſo, ò porque ſe muriò ſin hacerlo, los tales bienes vengan derechamente à los parientes del que le diò el poder, que huvieſſen de heredar ſus bienes abinteſtato. Los quales en caſo que no ſean hijos, ni deſcendientes, ni aſcendientes legitimos, ſean obligados à diſponer de la quinta parte de los tales bienes por ſu anima del Teſtador. Lo qual, ſi dentro del año, contado dende la muerte del Teſtador, no la cumplieren, mandamos (dice), que nueſtras Juſticias ,, los

(1) *Leg.* 32. *Taur. ſive* 6. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*

(2) *Leg.* 36. *ſive* 10. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*

,, los compelan à ello, ante las quales puedan ,, demandar, y ſea parte para ello qualquier ,, del Pueblo.

De aquel que muriò del todo inteſtado, eſto es, que ni hizo, ni diò comiſsion para hacer teſtamento, nada la Ley habla, dexando eſte caſo en las antiguas diſpoſiciones, que ſeñalan, como executores de los funerales, à los herederos abinteſtato; ò no haviendolos, al Juez, ſegun arriba diximos. Y en verdad, con razon mas eſpecial debiò proveer la Ley à los caſos en que el difunto dexaſſe Comiſſarios para declarar las facultades de eſtos, y dár el conveniente arbitrio, quando dexaron de cumplir con ſus encargos.

Caſos en que ſegun las Leyes tenga lugar la diſtribucion de el quinto, en opinion comun de los DD.

Por eſto los AA. comunmente deſconocen la diſtribucion del quinto en los abinteſtatos abſolutos (1), y adheridos à dichas Leyes, ſolo la conocen en los caſos, y circunſtancias que ellas expreſſan. El primero, reſpecto del Comiſſario encomendado por el Teſtador generalmente para hacer teſtamento, à quien la Ley dá facultad para que pueda diſtribuir por ſu anima la quinta parte de ſus bienes, dexando el reſto libre à los herederos abinteſtato (2). El ſegundo caſo, reſpecto de dichos herederos, à quienes la Ley, quando el Comiſſario ſe muriò ſin poder dár cumpli-

(1) Ant. Gomez *in leg.* 36. *Taur. n.* 2. Aceved. *in leg.* 6. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil. n.* 31. *in fin.* D. Galind. *in Phœnic. lib.* 3. *tit.* 13. §. 3. *Prop. & gloſſ.* 3.

(2) *Dict. leg.* 32. *Taur. ſive* 6. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*

plimiento à dicha distribucion, ò fuè omisso en hacerla, la encomienda (1). Y en ambos casos en que la Ley difiere la succesion à los herederos abintestato, solo reconocen la obligacion de dicha distribucion en los que vienen por linea transversal; esto es, à los hermanos, sobrinos, tios, y otros mas remotos parientes del difunto; pero no los que vienen por linea recta; esto es, sus hijos, y descendientes, ò sus padres, y ascendientes legitimos, à quienes exime de esta distribucion, segun una Ley de Toro lo expressa (2), de la que otra precedente recibe su declaracion (3).

Aun en el caso que la Ley previene à los herederos transversales la obligacion de distribuir el quinto de los bienes del difunto por su anima, les señala un año para este cumplimiento, no queriendo que algun otro se mezcle en ello hasta passado dicho termino, en el que, si fueren omissos, dá facultad à las Justicias Reales para compelerles, y à qualquier del Pueblo para denunciarles (4).

Esto es lo que con toda prudencia dictaron nuestras Leyes: veamos ahora lo que induxo, y aun pretende inducir la costumbre.

Costumbre en funerales abintestato, y distribucion del quinto.

En quanto al caso de haver dexado el Testador Comissario, debiendo literalmente observarse la disposicion de dichas Leyes, no pa-

(1) *Dict. leg. Taur.* 36. *sive* 10. *eod. lib. & tit. Recop.*

(2) *Leg. Taur.* 36.

(3) *Leg. Taur.* 32.

(4) *Leg.* 10. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*

parece haya innovado cosa alguna la costumbre. Solo que el compelo, que la Ley manda hacer, passado un año, contra el heredero por las Justicias Seculares, igualmente se hace à prevencion por los Jueces Eclesiasticos. En que no hay (segun yo pienso) cosa alguna irrazonable; pues aunque es esta una provision especial de la Ley en cierto caso, para cuya execucion diputò expressamente las Justicias Seculares; no obstante, como los Obispos sean executores por Derecho de las deposiciones pias, en caso de morosidad de aquellos à quienes estaban encargadas (1), no parece desdiga à la razon la extension de la facultad que concede el Derecho, y por consiguiente, que Jueces Reales, y Eclesiasticos sean à prevencion igualmente competentes contra semejante morosidad (2).

Caso de comission testamentaria.

Quando el difunto muriò absolutamente intestado, diximos era caso de las Leyes anteriores, que dexaron en su vigor las de Toro, y que al cuidado de los herederos abintestato, haviendolos, y en su defecto del Juez, pertenecia funerar al difunto segun su qualidad, sin que à estos casos viniesse la distribucion del quinto; y asi de hecho lo sienten comunmente los DD. como dexamos notado.

Caso de intestado absoluto.

Pero aqui la costumbre desplegò con mucho ayre sus vanderas; y no teniendo quenta alguna con los herederos legitimos abintesta-

(1) *Cap. Tua nos de Testament.*

(2) Tello Fernandez *in leg.* 36. *Taur. in fin.*

tato, señala indistintamente el quinto de los bienes del difunto, como parte que debe distribuirse en los funerales, Missas, y otros sufragios por su anima.

Extensiones de dicha costumbre.

Como no puede dudarse el que esta costumbre estè sostenida con notables fundamentos de piedad, asi ha tenido exitos muy favorables en los Tribunales; pero estos mismos favores la han hecho degenerar en extensiones, que no son de la aprobacion de todos.

Extension primera.

Y lo primero pretende privar à todo heredero abintestato del exercicio connatural de dár cumplimiento à las religiosas Exequias del difunto, y atribuye privativamente este empléo al Juez Eclesiastico, aunque sea solo Vicario Foraneo, ò simplemente al Parroco del muerto, para que sin intervencion del heredero, ò herederos, pueda hacer todo aquello que le parezca conveniente en sufragio de su anima; de modo, que ni los hijos puedan explicar este oficio de piedad con sus padres muertos abintestato, ni à los padres se les permita esta ultima explicacion de su amor para con sus hijos, si preposterado el orden de la mortalidad, estos mueren primero (1).

Lo

(1) *Verum in praxi* (ait Mostazo *de Causis piis, lib. 6. cap. 6. num. 57.*) *in aliquibus partibus, & ditionibus illud est receptum, ut in utroque casu, quoties defunctus moritur abintestato, aut cum testamento nullo, sive appareant hæredes abintestato, sive non Judex se intromitat, vel Parochus, vel Vicarius, etiam Foraneus, & disponat ad funeris expensas, Missas, & alia legata pro anima defuncti usque ad mediocrem quantitatem, ita ut*

Lo segundo, como no hace distincion en quanto à la intervencion de los herederos en las Exequias fúnebres, tampoco la hace en quanto à la entera distribucion del quinto, que igualmente unos, y otros deben sufrir, vengan por linea recta, ò vengan por la transversal.

Extension segunda.

Lo tercero, no solo se ha tomado la costumbre estos ensanches, sino que aun pretende excluir à toda Justicia Secular de esta distribucion, inhibiendo los Jueces Eclesiasticos à los Seculares con rigurosas censuras, para que en ningun modo se mezclen en esto (1).

Extension tercera.

Y finalmente, no contenta nuestra costumbre con los abintestatos verdaderos, aun pretende estenderse à los bienes de los que murieron con testamento, en caso que el Testador solo huviesse nombrado heredero, sin determinar los funerales, y oficios que se huviessen de hacer por su anima, como si en el nombramiento de heredero no estuviessen inclusas todas las facultades en orden à la execucion funeral (2).

Extension quarta.

Aunque substancialmente en quanto à la distribucion del quinto de los que mueren abintestato sea esta costumbre verdaderamente piadosa, no creo sean sus extensiones de la

Examen de dicha costumbre, y sus extensiones.

---

ut anima, & hæredibus consulatur: quod etiam in nostra Castella observatur, ut Judex de quinto disponat....

(1) Mostazo *d. lib. 6. cap. 6. n. 62.*

(2) Mostazo *dict. cap. 6. num. 75.*

la misma qualidad, y sin duda las consequencias que de aqui provienen la hacen odiosa.

Dicha costumbre, no tanto es indiferente, como contraria à la Ley.

Y lo primero, tal costumbre, aunque sus apassionados la reputen indiferente à la Ley, mas apariencia tiene de ser contra la Ley, puesto que ésta difiere el cumplimiento funeral del difunto intestado à sus herederos, como queda dicho, sin precisarles à distribuir el quinto, sino à lo que fuere justo, y decente, segun las circunstancias, haberes del difunto, y uso del Païs.

Examen sobre la indistincion de herederos.

Lo segundo, semejante costumbre no puede eximirse de ser contra la Ley en quanto à no hacer distincion entre herederos, si solo son transversales, ò son descendientes, ò ascendientes del difunto, puesto que esta distincion, no solo la dicta la razon natural, sino que la Ley, en el caso preciso de comissaria, de que habla, la hace; y haciendola en este caso, mucho mejor se debe subentender en otro de menos dificultad. Y sin duda debe conocerse diferencia entre aquellos herederos à quienes el Derecho no reputa por precisos acreedores à los bienes del difunto, y solo los llama por su presunta voluntad, en el caso que muera sin testamento; y entre aquellos que forzosamente la Ley nombra herederos aun contra la voluntad del difunto, y cuyos bienes les señala enteramente por legitima, muerto abintestato (1).

Lo

(1) Roxas *de Successione, cap.* 3. *num.* 4. Velasco *de Privileg. pauper. part.* 1. *q.* 56. *num.* 7.

Lo tercero, no puede libertarse de ser contra la Ley dicha costumbre, en quanto excluye à todo heredero de la intervencion en esta distribucion, puesto que la Ley les señala por cumplidores del debito funeral. Y aun en el caso de comissaria, que mereciò especial atencion del Legislador, no cumpliendo el Comissario con el encargo del Testador, no nombra otros cumplidores, sino à solos los herederos abintestato, à quienes aun concede un año en que puedan disculpar su tardanza.

Sobre la exclusiva de todo heredero en dicha distribucion.

Y si, como aun los apassionados de esta costumbre, conocen (1), muerto el Testador con testamento, en que solo nombrò heredero, sin otra disposicion por su anima, (en cuyo caso tambien quieren, como yà diximos, se haya de distribuir todo el quinto), pertenece esta distribucion al heredero: por què no será lo mismo quando el difunto muere abintestato? Sin duda el que muere sin testamento, ò lo hace de proprio proposito, por no querer conocidamente hacerlo, como sucede muchas veces: y en este caso no puede declarar mejor su voluntad de que sus parientes mas propinquos vengan à heredar sus bienes, de quienes igualmente confiò el cumplimiento del debito funeral, puesto que pudo, y no quiso nombrar cumplidor.

O no pudo el difunto hacer testamento, porque la muerte no le diò lugar à ello; y en

(1) Mostazo *d. cap.* 6. *n.* 77.

en este caso, como en el antecedente, suple la Ley lo que omitiò el difunto, interpretando su voluntad, como haciendo por èl su testamento, y llamando por herederos, y cumplidores à aquellos que rectamente presume fueron de su mayor afeccion; esto es, sus parientes, segun la mayor predileccion de lineas, y sus grados, encargandoles los funerales, y mas deberes al difunto, y mandando se les compela en caso que sean omissos.

Respondese al argumento fundado en la desconfianza en los herederos.

Pero se dice, que de los herederos abintestato, como interessados en el mayor lucro de la herencia, no debe confiarse este encargo (1). Lo mismo es esto, que meterse la costumbre à corregir la Ley; pero respondamos. Si no debe tenerse confianza en algun caso de la caridad, y amor de hijos à padres, padres à hijos, hermanos à hermanos, parientes à parientes, serìa desterrar toda confianza en la República: pues si no la hay entre personas unidas con los mas fuertes lazos de natural afeccion, quién deberá confiarse de aquellos entre quienes no subsisten semejantes motivos? Y cómo podrá de otro modo mantenerse en tranquilidad la República, cuyos negocios passan en gran parte en buena fé, y confianza?

Llamaremos à los Eclesiasticos en confirmacion de esta verdad. No hay duda que las rentas Eclesiasticas son immediatamente dedicadas à Dios, y à su Iglesia, en alimento de

(1) Mostazo *d. cap.* 6. *n.* 57.

de sus Ministros, y auxilio de los pobres, viudas, huerfanos, y otras públicas, y particulares necessidades; de modo, que el Eclesiastico solo de estos bienes puede pretender su decente sustentacian, y no otra cosa: porque el resto debe invertirse en beneficio de aquellos, à quienes los Canones llaman para su uso (1). Por què, pues, se toleran Beneficios de tan pingues reditos, que entran en poder de personas particulares, à quienes, segun la decencia de su estado, sobraria para su debida sustentacion una ligera parte respective à lo que posseen? Nada mas que por la buena fé, y confianza que debe tenerse de personas dedicadas à Dios, de que como buenos Administradores de los bienes de su Iglesia, distribuirán en dichas necessidades lo que sobre à su decencia. No obstante hay vehementes sospechas de que no todos cumplen con un

(1) Ut B. Augustinus *relatus in cap. fin. c. 12. q. 1. Si privatum, inquit, possidemus, non illa nostra sunt, sed pauperum, quorum procurationem quodammodo gerimus.* Et B. Hieronymus *relatus in cap. Gloria Episcopi, cap. 12. q. 2. Gloria,* inquit, *Episcopi est pauperum inopiæ providere ignominia Sacerdotis propriis studere divitiis. Natus in paupere domo, & in tugurio rusticano qui vix milio, & civario pane, rugientem saturare ventrem poteram, nunc similam, & mella fastidio. Et infra §. 2. Amico quidpiam rapere furtum est: Ecclesiam defraudare sacrilegium est: accepisse quod pauperibus erogandum sit, & esurientibus plurimis, vel cautum esse velle, vel timidum, aut, quod apertissimi sceleris est, aliquid inde substrahere, omnium prædonum crudelitatem superat.* Omitto plura.

un tan preciſo debito, ò no con la exactitud que correſponde: y no creo llevarian con guſto los Beneficiados el que para la mas cierta aſſecucion de dichos fines ſe les nombraſſen Economos, y que la mala conducta de unos, hicieſſe lugar à privar à todos de la administracion de ſus rentas.

Digamos, pues, lo miſmo de la confianza que la miſma naturaleza dicta principalmente entre padres, è hijos. Aun ſin embargo tienen eſtos en eſte mundo contra ſus omiſſiones vigilante la Juſticia, quando el examen de los otros eſtá reſervado al juicio del Altiſsimo.

Sobre la entera diſtribucion del quinto.

Lo quarto, en quanto à la diſtribucion de todo el quinto, no puede menos de mezclarſe muchas irracionabilidades, y contradicciones à las Leyes. Jamás la Ley preciſa, aun en caſo de comiſſaria, en que habla, à la diſtribucion de todo el quinto; y ſolo en un caſo dá facultad al Comiſſario para que pueda eſtender la diſtribucion á ſu total, que es quando el Teſtador, de quien no quedan hijos, ni deſcendientes, ò aſcendientes legitimos, le diò abſoluta facultad para hacer teſtamento. Si, pues, la Ley, aun en caſo de comiſſaria, ſe portò con eſta circunſpeccion, la coſtumbre, que por regla general pone el quinto entero en diſtribucion, no puede eximirſe de militar contra la Ley.

Hay circunſtancias en que la entera diſtribucion del quinto en el caſo de la Ley por el anima del difunto, deba reputarſe convenien-

niente ; pero tambien las hay en que deba en mucho minorarse. En esto claro es debe atenderse, además de la quantidad, ò importe del quinto, á las circunstancias del difunto, y sus herederos. Respecto de aquel, pudo morir en una edad en que no haya presuncion de haver manchado su anima con los delitos en que caen otros: pudo vivir en una vida muy ajustada, sin complicacion en negocios de que rara vez se sale essento de culpa. Respecto de aquellos, pueden estár en una opresion, necessidad, y pobreza, cuyo consuelo, no menos sea sufragio por el anima del difunto, que la aplicacion de dicho quinto á otros fines (1). Esto tambien lo conocen los que patrocinan la costumbre de que tratamos; pero como ponen por regla general la distribucion integra, no se hace lugar en la práctica á las limitaciones, sin que se experimenten dificultades.

Es verdad puede decirse, que las Leyes Civiles jamás pueden ser estorvo á esta costumbre; porque materias piadosas, como es la presente, no es assunto en que puedan prevalecer las Leyes Reales (2). Si esto es assi, no hay que alegar Ley Real alguna en todo assunto, que tenga apariencia de piadoso.

Sobre la independencia, y essencion de dicha costumbre de las Leyes Civiles.

En verdad es dificultoso entender cómo haya

(1) D. Galindo *Phœnic. Jurispr. Hispan. lib.* 3. *tit.* 13. §. 2. *Prop. & gloss.* 3.

(2) Conducit Card. de Luc. *de Testam. disc.* 24. *n.* 6. *Vide quæ diximus supra hoc lib.*

ya potestad en los Legos para establecer costumbres en assuntos pios, comunicandoles vigor de Ley, y se deniegue al Principe el exercicio de la potestad legislativa, que en èl reside; pero tampoco es esta materia en que deba detenerme: basta saber, que si la potestad civil nada tiene que vèr en tales materias, tiene à lo menos mucha eficacia la razon en que funda sus Leyes, à que debiò arreglarse la costumbre para ser razonable.

Sobre la exclusiva de la Justicia Real en la distribucion del quinto.

Entre las mayores irracionabilidades de esta costumbre, es pretender los Jueces Eclesiasticos una jurisdiccion absoluta, y exclusiva de la Justicia Real, en la distribucion del quinto. Esto manifiestamente repugna, no solo al Derecho Civil, sino tambien à las disposiciones Canonicas, con cuyo arreglo, procediendo los DD. comunmente concuerdan, que los Seculares son preventivamente Jueces en todo lo que concierne à la execucion de disposiciones piadosas (1). Y asi se practìca en la distribucion del quinto del que muere intestado (supuesta la costumbre) y las Reales Audiencias lo suelen asi declarar en los Recursos de fuerza.

Doctrina de Mostazo en este punto, y su examen.

Solo Mostazo (2) sin aquiescencia à las determinaciones del Supremo Consejo, de que ha-

(1) DD. *in cap. Tua 17. de Testament. Autentic. Hoc amplius, Cod. de Fideicom. Novel. 131. cap. Si quis, 10. leg. Nulli, Cod. de Episcop. & Cleric.* ubi Barbos. D. Castillo *de Aliment. lib.* 8. *cap.* 6. *num.* 9.

(2) Mostazo *dict. cap.* 6. *num.* 62.

hace memoria, pretende inducir eſcrupulo en la conciencia de los Jueces Reales, que intenten conocer ſobre eſta diſtribucion. Por cierto muy traſtornadas del comun ſentido deben eſtár las conciencias, que ſe inclinen à ſus razones.

Paremonos aqui un inſtante, y reconozcamos los fundamentos de eſte eſcrupulo, y juntamente ſi es juſta la cenſura que de éſte, por otra parte muy docto Eſcritor, hizo el ſeñor Galindo (1) de haver tratado eſte punto, mas como Parroco, que como Interprete.

Principal fundamento de Moſtazo confutado.

Su principal fundamento es citar algunos textos, en que ſe prohibe al lego el mezclarſe en coſas meramente eſpirituales (2); y no puede, dice, dudarſe el que en la diſtribucion que ſe hace en los abinteſtatos, lo que principalmente ſe diſpone es meramente eſpiritual, como el entierro, ſepultura ſagrada, aſſociacion de Clerigos, Oficio de Difuntos, muchas Miſſas, que ſe deben celebrar, yá de *Requiem*, yá del dia ocurrente, cuyas oraciones, ò Colectas ſon puramente eſpirituales, en que por conſiguiente no puede entrometerſe el Juez Secular (3).

R Si

(1) D. Galindo *in Phœnic. lib. 3. tit. 13. §. 2. Prop. & gloſſ. 3.*

(2) *Cap. Decernimus 2. de Judiciis.*

(3) *Ducor: nam in his diſpoſitionibus inteſtatorum, quod magis diſponitur eſt purè ſpirituale, nempe funus, ſepultura ſacra, aſſociatio Clericorum, Defunctorum Officia, Miſſæ quam plurimæ, quæ aut dicendæ ſunt de* Requiem, *aut diei, in quibus orationibus, aut collectis, ut purè ſpiritualibus, nequit ſe intromittere Judex Sæcularis...* Moſtazo *loc. cit. num. 62.*

Si esta consequencia es legitima, yá de aqui adelante no podrán los Testadores legos disponer cosa alguna tocante á funerales, y en sufragio de sus animas, ni señalar el numero de Sacerdotes, que se hayan de convocar à su entierro, ni las Comunidades Religiosas, que à èl asistan, associando el cadaver, ni el numero de Missas, que se deben celebrar, ni aun elegir sepultura sagrada; pues todo esto, como puramente espiritual, excede à su potestad, y solo cabe en las facultades del Parroco; y no solo no podrá el Testador hacerlo por sì, pero ni aun nombrar Comissario lego para esta disposicion. Quién creerá esto? Y si el Testador, y el Comissario pueden dár disposicion en todas estas cosas, aunque sean legos, por què no podrá el Juez Secular tener en esto potestad?

Respuesta à una réplica del mismo Autor.

Pero dice Mostazo, que es mucha la disparidad; porque la Iglesia permitiò à los Testadores el que dispongan por el sufragio de sus animas lo que le parezca conveniente, segun su arbitrio, ò dèn comision à otro para esta disposicion, cuya potestad no se halla por texto alguno Canonico concedida à los Jueces Seculares en orden à la distribucion del quinto, ù otra parte de los bienes de los que mueren abintestato.

Es cierto que la Iglesia, segun convenia à razon, dexò à la voluntad de los Fieles la eleccion de su sepultura, y sufragios por sus animas; pero no se halla haya prohibido á las Justicias Seculares el compeler à los here-

de-

deros á que cumplan con este encargo, ò executarlo los mismos Jueces en los casos dispuestos por Derecho Civil. Y si no hay Canon, que conceda á los Jueces Seculares esta potestad, en dónde se halla Canon que se la prohiba? Buscar Canones en cosas tan manifiestas, es ofender la razon natural (1).

Què repugnancia hallarán los Canones en que el Juez Secular en los abintestatos disponga, supliendo las veces de Testador, los sufragios que se deban hacer por el anima del difunto? Nada mas hace, que una cuenta regulativa, atento su caudal, de lo que conviene expender en esto. Declara, v. g. se deben convocar tantos Sacerdotes, ò Comunidades Religiosas, vestir tantos pobres, ò expender tanto en limosnas, celebrar tantas Missas; no dispone cosa alguna en orden á si han de ser de *Requiem*, ò del tiempo, ni menos qué Colectas se deban decir, como ni dispone del modo, y orden del Santo Sacrificio; del mismo modo que en nada de esto, que es verdaderamente espiritual, se entromete, ni el Testador, ni el Comissario, ni otro alguno, que por su devocion, ò encargo ageno se llega à un Sacerdote, ò Comunidad Religiosa, y aprontando los correspondientes estipendios, encarga se celebren cien, quinientas, ò mil Missas.

(1) D. Galindo *loco citat. prop.* 3. *Legem enim quærere ubi adest ratio naturalis est infirmitas intellectus*, ut ex Aristotel. *lib.* 8. *Physic. cap.* 3. Barbos. *axiom.* 136. *n.* 13.

Respondese à otro fundamento de Mostazo.

El que el Juez exerza su oficio en hacienda agena (que parece hace fuerza á Mostazo) nada es del caso, pues esto no qualifica accion alguna espiritual; y el oficio de Justicia se exercita en lo ageno con comission de la Ley, y el hecho del Juez se reputa hecho de la Parte.

Lo que añade el mismo Autor, que por presunta voluntad del difunto, mas bien debe creerse haver sido su intencion el que los Jueces Eclesiasticos hagan dicha distribucion que los Seculares, no parece una credulidad bien fundada; pues debiendo formarse toda buena presuncion de aquello que mas frequentemente acontece (1), con mucha mas frequencia sucede el que los Testadores encomiendan el cumplimiento de sus funerales á sus herederos, que á otros. Y no será violentar la voluntad del difunto, el que presumamos haver tenido mas confianza de su padre, ò madre, ò de sus hijos, y hermanos, y tal vez de un pariente mas remoto, que de los Eclesiasticos para el cumplimiento de sus funerales. Por esto la Ley en los abintestatos encomienda este encargo á los herederos; y caso que estos dèn lugar por su omission á procedimientos judiciales, debe presumirse del difunto, quiso la intervencion de aquel Juez, cuyos procedimientos fuessen mas faci-

(1) *Ut in leg. Si quis donaturus, ff. de Usufruct.* cum aliis per D. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 80. *n.* 3. D. Vela *dissert.* 46. *num.* 4. Barbosa *loco* 102.

ciles, prontos, y menos coſtoſos, ſin los tropiezos, que ſobrevienen regularmente en los procedimientos Ecleſiaſticos, ſegun luego notarèmos, y cuyas expenſas, ſin provecho del anima del difunto, pagan ſus bienes.

Concluſion de eſta diſputa en que la diſtribucion de el quinto es de fuero mixto.

No deben, pues, las razones de Moſtazo (aunque por otra parte ſu autoridad ſea grave) en modo alguno apartarnos de aplicar la reſolucion comun de los DD. (de que la execucion de cauſas piadoſas es de Fuero mixto, en que entrambos Jueces, Ecleſiaſtico, y Secular, pueden intervenir) al caſo de los abinteſtatos, y diſtribucion del quinto, en donde eſta coſtumbre ſe repute por ſuficientemente introducida, dexando á los herederos las primeras veces en ſu diſtribucion (1).

Que fuera mas conveniente pertenecer à un ſolo Fuero.

Bien es verdad, que mas conveniente fuera, que eſte conocimiento fueſſe privativo de un ſolo Juez; pues en eſte caſo ſe cortaba toda ocaſion á lo que alguna vez ſucede, de que en los abinteſtatos de los ricos, quando ſe conoce, que alguno de eſtos no hizo teſtamento, ni puede yá hacerlo por el eſtado de la enfermedad, zeloſo un Juez de la prevencion del otro en el requento, como á la captura de una grande preſa, ſe eſtén eſperando en las caſas immediatas, ò en la del miſmo moribundo, á que éſte dè el ultimo ſuſpiro para practicar la primera diligencia preventiva, como de caſo práctico lo depone

(1) D. Galind. *d. lib.* 5. *tit.*13. §.2. *Prop. & gloſſ.* 3.

ne el señor Galindo (1). Aunque estas acciones las promueva algun motivo de piedad, jamás el Pueblo las mira en este sentido, ni las considera practicadas con otro fin, que el del interès, lo que ni á una, ni á otra Justicia es decoroso.

Perplexidades que suelen acontecer en el Fuero Eclesiastico quando en èl se trata de esta distribucion.

Sea como se quiera, la jurisdiccion Eclesiastica, ò yá privativamente, como se pretende, ò yá por prevencion, suele motivar en semejantes casos un conflicto de incertidumbres, y perplexidades, que fuera difuso, è igualmente molesto, referir, sobre las incidencias, que entran en la liquidacion del quinto, en que á veces es preciso tratar con terceros interessados en la herencia por varios titulos de obligacion activa, y passiva, quienes no suelen con paciencia sufrir, que sus negocios se manejen en esta judicatura, encendiendose, yá sobre lo principal, yá sobre sus incidentes, reñidas porfias, y controversias, si no de mucha gravedad en su decision, á lo menos suficientes para absorver una buena parte del quinto, como expensas hechas en su utilidad, que son los primeros sufragios, que deben entrar en distribucion por el anima del Testador.

Accidentales perjuicios en dicha distribucion.

Tampoco hablarè de otros accidentales perjuicios á quedan expuestos los herederos, sin recurso de eviccion contra el quinto despues de distribuido, como son creditos, al principio no conocidos, que despues se declararon, ò cu-

(1) D. Galindo *loco nuper citato.*

cuyos dueños, por no mezclarse con el Ecle-siastico, omitieron repetir hasta finalizado el oficio de aquel, ò de acreedores confidenciales, cuyos negocios con el difunto se trataban de buena fé; y solo á veces su muger, è hijos son los que usando de la misma buena correspondencia, pueden deponer de ellos, y cuyas declaraciones se reputan hechas de concierto por fraudar el quinto; desterrando de este modo la buena fé, y teniendo que pagar los herederos sin descuento en el quinto, lo que en su conciencia les consta haver adeudado el difunto. Tampoco hablarè de lances, y pleytos, que sobrevienen à la herencia despues de dicha distribucion, en que se suelen perder mucha parte de bienes, que sirvieron à la computacion del quinto, verificandose haverse distribuido como tal, lo que acaso era precisa legitima de los herederos. Todo esto, y mucho mas, dexo à la prudencia de los Lectores, especialmente experimentados, pues fuera el detenerme salir de mi proposito.

Entre las perniciosas consequencias, que produce la incertidumbre en la distribucion del quinto, no puede dudarse, que accidentalmente resulte un buen efecto. Los herederos abintestato, hechos cargo de que no cumpliendo exactamente con los funerales, segun la intencion del Parroco, puede éste pretender derecho al quinto, y dár cuenta al Juez Eclesiastico para que disponga de su distribucion, de donde se les puedan seguir mu-

El temor de la distribucion de el quinto suele accidentalmente obrar algunos buenos efectos.

chos gastos, y molestias, se muestran prontos à no disgustarle en el debito funeral; y quando el Parroco conoce haverse con fidelidad cumplido con lo decente, no suele cuidar (si es prudente) de otra distribucion, que mas ceda en utilidad de los Ministros de Justicia, y daño de los herederos, que en sufragio por el anima del muerto; y assi suele quedar aquel abintestato como oculto. Solo se necessitaba saber, por què tiempo se prescribia para la entera seguridad de los herederos.

Funerales de ausentes.

El mismo temor de la distribucion del quinto produce el mismo efecto en quanto al debito funeral de los ausentes, en cuya particularidad nos detendrémos un rato, por ser esta una costumbre, ò práctica, que vá tomando vigor en estos Paìses.

Reyno de Galicia fecundo en poblacion.

Se sabe, que el Reyno de Galicia, si por lo comun montuoso, y estéril, es muy fecundo, y mas que otra alguna Provincia de España en poblacion. De modo, que si todas las Provincias de España fueran igualmente fecundas, como la Galicia, serìa sin duda la Corona mas formidable del mundo; porque el valor de sus naturales, è imponderable constancia en sus empressas, sobre otras Naciones, solo tiene el contrapeso de la reduccion de su numero, y menos poblacion de sus Provincias, como lo confiessan nuestros mismos emulos, y me acuerdo haver leìdo en uno de los mas consumados Politicos, que tuvo la Francia,

cia,

cia, entonces nueſtra mayor enemiga(1).

Los Gallegos, pues, que hallan muy reducido ſu proprio Paìs para poder ſubſiſtir, y à veces ſolo por un genio deambulativo procuran eſtenderſe por las dos Caſtillas, y mas reſto de Eſpaña; y aun lo hacen tambien, con menor utilidad de la Corona, por el Reyno de Portugal, vagueando algun tiempo haſta encontrar modo fixo de ſubſiſtir, y dando à veces buelta à ſus Paìſes deſpues de algunos años, de que ſe ſigue haver muchedumbre de auſentes, ſin tenerſe noticia alguna de la vida, ò de la muerte de varios de ellos; no dexan algunos de eſtos de tener ſus legitimas, que muertos los padres en el tiempo de ſu peregrinacion, heredaron, y que poſſeen otros ſus hermanos, y parientes.

Muchedumbre de auſentes en Galicia.

En eſtos caſos, pues, entra la queſtion, que proponen los Curas zeloſos de las animas de eſtos auſentes, aun quando dexaron de ſer ſus Feligreſes, ſobre ſus funerales, y diſtribucion del quinto de ſus bienes, pues que no ſe ſabe hayan hecho teſtamento.

Coſtumbre de funerar los auſentes.

Comunmente ſe obſerva, ſingularmente en Lugares ruſticos, ò Aldèas, que los herederos del auſente, deſpues de unos veinte años, ò menos, que no hay noticia de ſu paradero, ſe ſujetan à funerarle, porque creen, como es juſto, oficio de piedad, y aun de obligacion, hacer ſufragios por las animas de aquellos cuyos bienes poſſeen, acelerando, y coadyu-

(1) *Teſtament politique dû Cardinal Richelieu.*

yuvando su buena intencion el temor de la distribucion del quinto, cuyo importe les sea mas costoso.

Disputase sobre la racionabilidad de esta costumbre.

No obstante, quando, como suele, el heredero es un pobre Labrador, cargado de trabajos, y familia, cuyos haberes no llegan sino con mucha escaséz para sustentarla, y cuyo alivio sea un verdadero sufragio por el ausente, ò difunto, parece debiera contenerse esta costumbre.

Porque en verdad estos casos, aun en personas acomodadas, son tan estraños al Derecho, que jamás en ellos me parece se ha pensado hasta estos tiempos. Dos cosas deben entrar en esta disputa, que brevemente notarèmos.

La primera, es la certeza de la muerte del ausente. La segunda, si contemplado muerto, se deben hacer funerales en la Parroquia de donde se ausentò. Y en quanto à la muerte es tan necessaria, como que sin su certidumbre no pueden tener entrada los funerales, que suponen al hombre en la otra vida. Y si el pretendido muerto buelve de su peregrinacion lleno de miseria, como mas de una vez sucede, no llevará à bien, que se le haya dado trato de difunto, y empleado los bienes que necessita para su alimento en funerarle, y mucho mas si se le distribuyò el quinto; ni creo será buena data la de sus pretendidos herederos, que solo fueron durante su ausencia Administradores, los gastos de estos funerales.

Funerales suponen muerte del funerando.

Tra-

Tratando yo en este assunto con un Cura zeloso en funerar los ausentes, y proponiendole estas razones de inconveniencia, me cortò la conversacion, diciendo, que yá èl havia funerado un ausente, que havia llegado vivo, y sano à su Lugar, poco despues de su entierro; y que haviendole saludado sus parientes con esta noticia, tan lexos de llevarlo à mal, luego se havia enderezado à casa del Cura à darle muchas gracias por el cuidado que tuviera con su anima. Sin embargo de la tolerancia de este buen ausente, no fuè lance favorable à la buena intencion que demostraba el Cura de funerar todos sus ausentes; porque los Administradores de sus bienes, luego objetaban lo sucedido con aquel pretendido muerto, y que no sabian si sus ausentes, en caso que bolviessen despues de funerados, serìan de tan buena digestion como el otro. Y asi ansiosamente deseaba saber el Cura, què termino tenia señalado el Derecho, para que passado, se hiciessen à los ausentes los funerales. Caso practico.

Señalan las Leyes por vida al hombre cien años, à cuyo termino presumen pudo estender sus dias segun el estado de la humana condicion (1). Algunos de nuestros DD. han coartado este termino à sesenta, ò setenta años, en la opinion, que declinando todos los dias la humana naturaleza à su ruina, yá no debia presumirse, segun la regular contingencia, ex- Años de la vida del hombre.

(1) *Leg. fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles.*

exceder el hombre de este termino (1).

Declinacion diaria de la naturaleza humana, en què sentido deba entenderse.

Esta declinacion diaria de la humana naturaleza la reputo yo, auxiliado de la opinion de hombres de juicio, entre los discursos fabulosos, con que se divierte el vulgo. El Real Propheta David, que muriò hace mas de dos mil y setecientos años, asseguraba lo mismo que hoy experimentamos, esto es, que la vida del hombre es por lo regular de setenta años; y si en los robustos sube à ochenta, lo que de aqui excede es con dolor, y trabajo (2). Y si este Psalmo, como lo indica su inscripcion, no es de David, sino de Moysés, que hace mas de tres mil años passò de la presente vida, no prueba menos esta verdad, principalmente quando èl mismo estendiò sus años à ciento y veinte.

Es, pues, cierto, que despues de algunos tiempos posteriores al Diluvio Universal, en que para la mas pronta propagacion fuè conveniente conceder al hombre mas largos años de vida, se mantiene la naturaleza humana en el mismo vigor para poder alargar el plazo de sus dias fuera de un siglo (3), como sin recurrir à Valerio Maximo, Plinio, y otros (4), diariamente nos instru-

(1) Roxas *de Incompatibilit. p.* 6. *cap.* 3. *n.* 21.

(2) *Dies annorum nostrorum in ipsis septuaginta anni, si autem in potentatibus octoginta anni: & amplius eorum, labor, & dolor.* Psalm. 89. v. 10.

(3) Card. de Luca *de Dote, disc.* 142. *n.* 10.

(4) Videsis Garciam *de Nobilit. gloss.* 12. *n.* 75.

truye la experiencia, y las noticias públicas de hombres que han passado mas allá de este termino; y que los hombres mismos son los que se acortan sus dias, con el abuso de las cosas, que los Medicos llaman no naturales, y de los medios que debiamos proporcionar à nuestra conservacion, de que las nuevas invenciones, que hacen el gusto de los hombres, nos apartan.

Pero por esto no entiendo impugnar el juicio de nuestros DD. que solo presuntivamente estienden la vida del hombre à sesenta, ò setenta años; antes bien me persuadirè al mismo dictamen, segun las circunstancias que ocurran, no por el fundamento de la declinacion de la naturaleza, que algunos proponen, sino por la imprecaucion regular de los hombres, principalmente en la juventud, y otros accidentes, que hacen lugar à esta presuncion, fundada en la comun contingencia.

Es cierto tambien, que por conveniencia en el orden público, tiene determinado el Derecho, que la ausencia por largo tiempo, como por diez, ò veinte años sin noticia alguna de la vida, ò la muerte del ausente, tenga algunos efectos de muerto, como para poder abrirse el testamento cerrado, de que dexò dispuesto (1): para poder entre sì los herederos abintestato dividir sus bienes, entendiendose con caucion, ò fianza de resti-

Larga ausencia tiene en Derecho algunos efectos de muerte.

(1) Aguila ad Roxas *d. p. 6. cap. 3. n. 8.*

tituirlos con sus frutos, en caso que buelva (1): para poder el immediato successor en el Mayorazgo pedir su possession con la misma fianza (2), y otros varios; pero en orden à funerales del ausente, no encontrè hasta ahora autoridad legal. En todos los efectos que ván expressados, no se sigue detrimento alguno, antes sì mucho provecho al ausente; pues en caso que buelva, halla sus bienes integros por la fianza, y del mismo modo que si los hallára en poder de un Administrador; pero no asi si se encontrasse funerado.

Muerte verdadera, debe probarse quando es fundamento de la intencion de quien la alega.

Finalmente, entierro, y otros oficios fúnebres, que se hacen por los muertos, suponen muerte verdadera, no presunta; y por lo mismo no son adaptables dichas Leyes à este caso; antes bien en todo assunto, en que uno funda su intencion en la vida, ò muerte de alguno, debe probarla, sin que le sufraguen las presunciones de las Leyes, que miran à otros fines. De modo, que aunque la presuncion legal no estienda la vida del hombre fuera de un siglo, no es suficiente esta presuncion al que se funda, ò pide algo consecutivamente à muerte verdadera, segun la mas recibida doctrina (3).

Es-

---

(1) D. Valenz. Velazquez *tom.* 1. *cons.* 17. Escobar *de Ratiocin. cap.* 6. *à n.* 47.

(2) Roxas *de Incompat. d. cap.* 3. *n.* 22.

(3) D. Covarr. *lib.* 2. *Variar. cap.* 7. *n.* 6. ubi Faria *n.* 28. & 31. Card. de Luca *de Emphyt. disc.* 36. *n.* 16.

Esto diximos en quanto à la primer circunstancia de la certeza de la muerte de los ausentes: passémos à la segunda, y supongamos que el ausente se halle verdaderamente muerto, no creo que de aqui puedan pretender los Curas un derecho incontestable à sus funerales.

Disputase si à los ausentes verdaderamente muertos se deban hacer funerales en la Parroquia de donde se ausentaron.

La disposicion de los Canones en este assunto, reducida à compendio, es, que cada uno pueda libremente elegir sepultura (1); no eligiendola, se debe enterrar en el sepulcro de sus mayores, ò en su propria Parroquia, en donde percibiò los Santos Sacramentos, y assistiò à los Divinos Oficios (2). En caso de enterrarse en agena Iglesia, debe ésta pagar al Parroco del muerto la quarta funeral, esto es, la quarta parte de todo lo que por razon de funerales percibiò, ò por su voluntad ultima le dexò el Testador (3); cuya determinacion es justa, porque es razonable, que aquel que prontamente asistiò à los consuelos espirituales del vivo, tenga tambien parte en las temporales utilidades, que expendiò à su muerte. Esta quarta funeral no la debe el muerto, ò sus herederos, sino la Iglesia en que se le diò sepultura, y que percibiò enteramente los derechos de los funerales (4). Tampoco están obligados los herederos

Compendio Canonico en disposiciones fúnebres.

(1) *Cap.* 1. *de Sepulturis.*

(2) Rota apud Pitoniu m *Discept. Eccles. discept.* 51. *à n.* 19.

(3) *Cap.* 4. *cap. In præsentia* 10. *de Sepult.*

(4) Reiffenstuel *ad Decretal. tit. de Sepult. n.* 54.

ros del difunto à hacer algun oficio fúnebre en la Parroquia, pues ésta debe contentarse con su quarta funeral (1).

La costumbre derogò variamente à los Canones, pero no debe degenerar en corruptelas.

Esta disposicion de los Sagrados Canones se halla en muchas partes alterada por la costumbre, en cuya interpretacion hay no pocas incertidumbres. Pero sea como se quiera, qualquier costumbre que en esto se introduzca, debe regularse en quanto sea posible, para que no se proceda en corruptelas, por dichas determinaciones de Derecho.

Resolucion de la question propuesta.

Supuesto, pues, que al ausente, en qualquier parage que se haya muerto, se le ha dado sepultura, no parece que sus herederos, segun la difinicion de Derecho, estèn obligados à hacerle otros funerales en la Parroquia de donde se ausentò. Y quando mas, solo estará obligada la Iglesia que le diò sepultura à contribuir à la Parroquia con la quarta parte del importe del funeral.

Pero como en el assunto presente de sepultura, para que uno se diga haver mudado de Parroquia, y constituidola en otra parte, no se necessita verdadera vecindad, y domicilio, siendo suficiente quasi domicilio, como que el ausente se haya determinado vivir en la parte en donde se halla hasta mejor comodidad, no siendo yá al tiempo de su muerte parroquiano de donde se ausentò, se sigue no haverse sepultado este ausente fuera de su propria Parroquia, ni deberse à otra algu-

(3) Reiffenstuel *loc. cit. numer.* 38.

guna quarta, ni funerales.

Oficios funebres de tercero, septimo dia, cabo de año, &c.

Pero se dirá, que esto está bien en quanto à que no deban hacerse otros funerales de entierro al ausente; pero no en quanto à los de tercero, septimo dia, y cabo de año, que no consta haversele hecho. A esto digo, que estas funciones de tercero, septimo, nono, trigesimo dia, Aniversario, y cabo de Año, y otras semejantes, son en sì prácticas laudables, y de tiempos antiguos observadas (1); pero de mera devocion, en que cada uno se porta segun su piedad, y possibilidad: y los Canones jamás impusieron obligacion precisa à los herederos del difunto de observarlas (2): y assi vemos, que no hay uniformidad en esta práctica, variando la costumbre de Iglesia en Iglesia. Es justo, no obstante, se observe lo que en cada una se halláre sin sospecha de sordido lucro, laudablemente establecido, como fundado en piedad (3). Pero nuestros ausentes, mudando de Parroquia, tambien mudaron de costumbres parroquiales, y murieron sujetos à aquellas que havia en la

(1) Amalar Fortunat. *lib.*3. *de Ecclesf. Offic. cap.* 44. cum aliis p. Mostazum *de Caus. piis, lib.* 6. *cap.* 1. *à n.* 15.

(2) Reiffenst *cit.tit. de Sepult.* §. 2. *n.* 75. ubi excessus Parochorum enumerans ait : *Quarto quando cogunt, & variis modis adigunt hæredes defuncti, ut præter exequias, & depositionis officium, etiam tertium, septimum, vel trigesimum, pro lucro, & commodo Clericorum celebrari faciant; cum tertium, septimum, vel trigesimum celebrandi nulla de jure obligatio, sed mera liberalitas sit.*

(3) *Cap. Ad audientiam* 24. *de Simonia.*

en donde fueron sepultados.

Que no debe constituirse por regla general la costumbre de funerar los ausentes, aunque en algun caso pueda ser razonable.

No negarè yo, que muchos de estos ausentes mueren en Hospitales, y que como à pobres se les dá sepultura; y que es conveniente à razon el que haviendo dexado bienes en los Lugares de sus nacimientos, se les hagan sufragios por sus animas. Esto es muy pio, y tal será la costumbre que esto establezca; pero la perplexidad está en la execucion.

Hay ausentes, à quienes sin faltarles en sus casas con que vivir decentemente, desterrò su genio vagabundo, ò anhelo de mejor fortuna, ò algun contratiempo, y dissension. Estos tales, si su peregrinacion les es incomoda, ò si no hallan fortuna superior, jamás se olvidan de la que dexaron, ni viven tan desterrados, que no escriban à sus parientes, ò de otro modo se sepa de su paradero; y si en su ausencia les coge la muerte, se tiene regularmente noticia de sus testamentos, y disposiciones. Con estos no suele haver question de funerales, y quinto.

Los ausentes de que hablamos, y que suelen dár motivo à estas disputas, son regularmente aquellos, que no hallando en el Paìs de su nacimiento la comodidad que apetecen para vivir, y conociendo lo poco que les fructifica su trabajo en tierra propria, ván à buscar mayores estipendios en la agena: rodeados de hermanos, y hermanas, conocen, que todo quanto les pueda tocar en particion, no les releva de perpetua miseria, y hallan mas conveniente dexar à sus parientes estos cor-

tos

tos bienes, que ser con ellos participes de una vida miserable. Los parientes à quienes quedan no rediman con ellos, aunque algun tanto desahoguen, sus necessidades. Por què, pues, inquietarlos en sus conflictos con funerales, ù otras distribuciones de la legitima del ausente, cuya muerte se ignora? Y si es justo por su anima hacer sufragios, què mayor sufragio, que la misericordia con unos pobres parientes, cuyos hijos andan acaso desnudos, ò mal vestidos, por no haver podido los padres ponerse en estado de cubrirlos (1)?

Esto es lo ordinario en estos ausentes; y si hay casos en que falten estas circunstancias de compassion, en todos regularmente falta razon juridica, que funde precisa obligacion, y no facultativa, ò arbitraria de dichos funerales, y distribuciones. Y la piedad que justifica la contraria costumbre en algun caso, no puede ser regla general, que proceda en todos; y las Leyes, como los Canones, à quienes debe imitar la costumbre, solo atienden à las contingencias comunes, no à las raras, y extraordinarias (2).

Si sería conveniente erradicar las costumbres en este quarto exemplo propuestas, sin embargo que parezcan piadosas, y laudables.

Concluyo diciendo con el Cardenal de Luca (3), que aunque las costumbres de que tratamos sean en sì laudables en sus casos, y llenas de piedad, como lo es todo lo condu-

cen-

(1) *Discite quid est: Misericordiam volo, & non sacrificium.* Matth. 9. v. 13.

(2) *Arg. text. in leg. Nam ad ea, ff. de Legibus.*

(3) Cardenal de Luca *de Testament. disc.* 24. *num.* 8. *cum seq.*

cente al sufragio de las animas de los Fieles, de quienes asi como christianamente vivieron, es de presumir, que si la muerte no huviera prevenido à sus testamentos, huvieran mandado expender en sufragio de sus animas algunas cantidades; no obstante, por la mala aplicacion, è inconvenientes, que se experimentan en semejantes prácticas, llegando à veces à lances, que solo con horror de la humanidad se oyen, y de que fuè testigo el mismo Cardenal, y que no son inauditos en estos Paìses (aunque en otros terminos, y diferentes personas, y de que yo de oìdas à un Sacerdote, à no ser el caso reciente, podria tambien deponer), debian absolutamente desterrarse semejantes costumbres. Añado yo, que no solo éstas, sino tambien la de las ofrendas involuntarias, que se pretenden en los funerales, dexandolo à la libre discrecion del difunto, y sus herederos, y tassando con uniforme precision todos los mas derechos fúnebres, y otros semejantes, sin embargo de qualesquier costumbres, que son las que motivan perniciosas alteraciones, y contiendas, que nunca se encienden sin escandalo de los Fieles, y de que los Eclesiasticos no salen regularmente sin nota de interessados, ò acaso de avarientos, y muchas veces sin merecerlo, sino por el indiscreto zelo de defender como derecho de su Iglesia, lo que frequentemente no es sino una costumbre irrazonable.

DIS-

DISCURSO VII.

SOBRE LAS LEYES TACITAS, esto es, sobre la verdad, equidad, y arbitrio en el Derecho.

HAY Leyes, que ni son propriamente escritas, ni son costumbre, como es la equidad con que se modera el rigor aparente de la Ley, y arbitrio: con que no siendo posible en las Leyes decidir todos los casos, que puedan ocurrir, principalmente variados de infinitas circunstancias (1), el prudente arbitrio del Juez tiene mucha parte en la justicia de la decision (2). Suele tambien la verdad en los Juicios, sin embargo de la precaucion de las Leyes, ocultarse con los artificiosos velos con que la cubre el embuste, hallandose algunas veces tan disfrazada, que passa sin ser conocida à vista de superficiales inspecciones; y solo à una viva penetracion, acompañada de prudencia, dexa percibirse. Esta, pues, verdad, equidad, y arbitrio, será la materia del presente Discurso, en que anotarémos las incertidumbres, que tienen origen, ò por mejor decir, que indebidamente toman su motivo de esta raìz. Proposito de este Discurso.

(1) *Leg. Nec leges, leg. Non possunt, ff. de Legibus.*

(2) *Non quidquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati. Leg. Non quidquid, ff. de Legibus.*

Si es conveniente el uso de Leyes escritas.

Una de las maximas de la politica del celebrado Legislador Licurgo, no solo fuè hacer pocas Leyes, pero tambien el prohibir se reduxessen à escrito, queriendo que passassen como por tradicion de una generacion à otra, y dexando las mas de ellas al arbitrio, y discrecion de los Magistrados. De este modo se ahorraban las perpetuas controversias sobre su interpretacion, y cessaban las regulares quexas contra los Jueces de haver sentenciado mal, pues no havia Ley que les convenciesse de injusticia.

Politica de Licurgo.

A muchos Politicos pareciò bien esta maxima de gobierno legal, la que necessariamente supone el acierto en la eleccion de los Magistrados, dotados de unos talentos proprios à discernir la equidad del rigor, la verdad de la mentira, lo justo de lo injusto, y de una integridad incorruptible.

Comun consentimiento de los Pueblos en tener Leyes escritas, y la razon.

Pero como es tan dificil este acierto, comunmente desecharon esta idèa de gobierno las Repúblicas, y Reynos de mejor policìa, dando à los Magistrados la Ley, como regla à que deban ceñirse en sus procedimientos; remediando tambien de este modo los errores inevitables en la eleccion de los Jueces, à quienes la Ley sirve de freno para contenerles en sus procederes, y cuya justicia, ò injusticia la misma Ley manifiesta, en quanto à ella se arreglen, ò de ella se aparten; y sirve tambien de escudo à los mismos Jueces contra

tra las importunidades del vulgo (1).

Además, de que tanta distincion de estados de personas, tanta variedad de Fueros, tanta multitud de Leyes, tanta multiplicidad de costumbres, tanta complicacion de negocios, y tanto preciso numero, y diversidad de Judicaturas, como en los Reynos, y Repúblicas de estos tiempos, mas sin comparacion, que en las antiguas, se reconocen, impossibilita el que las Leyes se puedan sostener en la tradicion, y que se puedan confiar al incierto arbitrio, y prudencia de los Jueces.

Arbitrio en los Jueces.

Aun no obstante (como dixe), no siendo facil el comprehender todos los casos, y sus circunstancias en la literal expression de la Ley, ni siendo possible prevenir todos los incidentes con que vienen complicados, no puede menos, que cometerse algunas cosas al prudente arbitrio, y regulacion del que ha de juzgar (2). Algunos DD. tuvieron el util, y trabajoso estudio de describir, y juntar los casos, cuya decision comete la Ley al arbitrio del Juez, aliviando de este modo la pena de buscar-

Multitud de casos arbitrarios.

(1) *Non modo adversus tyrannidem in legibus innocentiæ præsidium est, sed & Magistratibus adversus vulgi importunitatem, hic tanquam æneus murus est.* Cicero pro Cluentio.

(2) *Lex enim illos omnes casus facit arbitrarios, in quibus lex ipsa certum modum statuere non potest, cum is precipuè pendeat à circumstantiis subjecti de quo agitur. Leg. 1. & 2. ff. Ubi pupillus educari debeat. Leg. 3. vers. Tu vero magis, ff. de Testibus*, cum aliis per D. Salgado *de Retentione, p. 1. cap. 9. n. 27.*

carlos entre las Leyes, y multitud de otros libros (1). Eſtos caſos cada dia mas, y mas ſe multiplican, porque trabajando inceſſantemente los DD. ſobre la interpretacion, extenſion, y reſtriccion de las Leyes, no hallan en varios lances otro arbitrio, que dexar ſu deciſion à la prudencia del Juez.

Juriſprudencia arbitraria muy nociva à la República.

Me parece eſto, y aſsi lo ſienten otros, que es una de las mayores plagas de incertidumbre, que puede venir ſobre las Leyes; pues los Jueces, que no ſon raros, en quienes no ſe encuentran los ſuficientes dotes de capacidad, prudencia, eſtudio, y experiencia, luego que conciben que una coſa ſe pone à ſu arbitrio, poco menos pienſan, que el ſer ſeñores de la ſentencia, que ſe deba pronunciar en el pleyto. Y como en algunos Eſcritores (2) pueden leer, que en las coſas arbitrarias conviene tener al Juez benevolo, ſe aumenta mas ſu hinchazon, de que pueden libremente exercer eſta benevolencia, aplicandola à quien quieran, y ſentenciando ſegun capricho; como ſi aunque en algun caſo falte Ley, que les preciſe à ceñirſe à ſus terminos, ſe hallaſſen abſueltos de arreglarſe à los que preſcribe la juſticia (3).

Los

(1) Ut Cœpola *in leg. Si fugitivi, C. de Servitut. à n.* 49. Menoch. *de Arbitrar.* & plures alii.

(2) Abbas *in cap. Paſtoralis de Reſcript. n.* 5.

(3) *Cap. fin. de Tranſaction.* ubi ait Honorius III. *In his vero ſuper quibus jus non invenitur expreſſum procedas (æquitate ſervata) ſemper in humaniorem partem declinando, ſecundum quod perſonas, & cauſas, loca, & tempora videris poſ-*

Los discretos rompimientos, que en materias dificiles hacen alguna vez los Jueces Superiores, los toman otros Jueces en todo inferiores, y sin atencion al complexo de circunstancias con que los primeros procedieron por modelos, para manifestar su ignorancia, è indiscrecion en otros lances, haciendo verdaderamente de monos, que aunque imiten las acciones humanas, nunca salen de la esfera de brutales, porque proceden sin conocimiento. Aplicarémos à estos el dicho de San Pablo, contra los que quieren ser Doctores de la Ley, sin entender lo que dicen (1).

Quánto mejor les fuera à estos ceñirse à la Ley, y trabajar con los DD. sobre su verdadero sentido, y aplicacion al caso, que meterse en otros conceptos, y arbitrios, que la falta de literatura, y experiencia, y à veces su propria passion, no les pone en estado de hacer? Pero esto es trabajoso.

El arbitrio que se concede al Juez en algunos casos, no es un arbitrio libre, y absoluto; es un arbitrio regulado por las Leyes, y

Verdadero arbitrio regulado por las Leyes.

postulares. Et ut B. Ambrosius *relatus in cap. Judicet ille* 4. c. 3. q. 7. *Bonus Judex nihil ex arbitrio suo facit, & domesticæ proposito voluntatis: sed juxta leges, & jura pronuntiat statutis juris obtemperat, non indulget propriæ voluntati nihil paratum, & meditatum domo defert: sed sicut audit, ita judicat, & sicut se habet negotii natura decernit: obsequitur legibus, non adversatur, examinat causæ merita, non mutat....*

(1) *Volentes esse legis Doctores non intelligentes, nec quæ loquuntur, nec de quibus affirmant*, 1. ad Timoth. cap. 1. v. 7.

y ciencia de Derecho (1), quien no posseyere esta ciencia, jamás se hallará en estado de arbitrar segun debe. Son estos arbitrios como los de los Medicos en algunas dolencias, que aunque tengan muchos remedios en que poder arbitrar sobre su aplicacion, siempre deben ceñirse à las reglas de su arte, à las circunstancias del enfermo, y su indisposicion.

Aun en esto hay perplexidades.

Aun hay mas que esto: no solo en Jueces ignorantes, ò no suficientemente capaces, y no menos en los precipitados, y apassionados, es peligroso este arbitrio, sino que aun en Jueces integros, es causa de muchas incertidumbres, porque son de muy varia regulacion los ingenios. En lo arbitrario, dice el Cardenal de Luca (2), aun en Jueces de igual doctrina, è integridad, son tan distantes los conceptos, que lo que à uno parece blanco, otro lo reputa por negro. Què efecto, pues, podrá resultar de aqui, sino perplexidades, è incertidumbres, molestias, y gastos insuperables à los litigantes, con multiplicacion de ins-

(2) *Nullum enim, nec in arbitrariis arbitrium judex habet, quod non juris præfinitionibus, & causæ accidentibus sit alligatum*, ut ex Tiraquel. Velasco *de Judice perfecto, rubr.* 12. *annot. unic. n.* 14. Bobadill. *Polit. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 27. D. Larrea *decis.* 68. *n.* 8. D. Valenzuela *cons.* 69. *à n.* 211. *& cons.* 90. *à n.* 21.

(2) *In arbitrariis ingeniorum varietas frequenter causat, ut quod uni videtur album, alteri æqualis doctrinæ, ac integritatis videatur nigrum, ideoque temerarium est positivè dicere, quod resolutio sit justa, vel injusta.* Card. de Luc. *de Donation. disc.* 29. *n.* 3.

inſtancias, corriendo de Tribunal en Tribunal, por ſi pueden encontrar Jueces de diverſo concepto, y arbitrio (1)?

Lo peor es, que ſe vá introduciendo como de moda hacer todas las Leyes arbitrarias. Como la dificultad de las Leyes vá creciendo todos los dias, ſegun ſe aumentan los volumenes de ſus Interpretes, haciendoſe yá como impoſsible ſu eſtudio; parece reducida la Juriſprudencia à lo que à cada uno le parece bueno. No es eſto tan nuevo, que de ello no ſe quexe amargamente el Politico Bobadilla ſucedia en ſu tiempo (2); pero deſde entonces acá, haviendo continuado los motivos de eſte deſorden, debiò crecer mas la confuſion, ſegun lo eſtamos experimentando. Es moda hacer todas las Leyes arbitrarias

Què

(1) Fontanel. *deciſione* 65. *à n.* 9.

(2) Bobadilla *Politica lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 18. Los Jueces inferiores, dice, muchos con poca chriſtiandad, y los mas por ignorancia (porque aun no ſaben Gramatica) dexan de juzgar por las Leyes, y juzgan las mas veces por ſu parecer, y alvedrio: y otras veces ſo color, y pretexto de eſtilo, y coſtumbre, como advierte Simancas; y quando eſtos tales juzgan, parece mas el tiempo, y Era de Lain Calvo, y de Nuño Raſura, quando ſe juzgaba à bien viſto por uſo de Villa, y Fuero, (aunque con mas verdad, razon, y ſana intencion que al preſente), que no el tiempo que ahora alcanzamos de tanta malicia, prevenida, y corregida con tantas, y tan ſanas Leyes, y con tantas doctrinas de ſabios Eſcritores Juriſtas; y cierto veo, que eſtá el mundo tal, que caſi en ninguna coſa ſe hace à nadie bien, amiſtad, ni gracia, ſino es en las coſas de juſticia, y uſando en ellas de alvedrio: y à eſtos tales Jueces llama Simancas iniquos, perjuros, y tyranos.

Remedio contra la incertidumbre, y daños de los arbitrios.

Què remedio, pues, para desterrar de la República semejantes arbitrios? Parece no es dable otro, que el hacer Leyes precisas, y decisivas de los casos, sin dár mas que hacer al Juez, que aplicarlas à su execucion. Pero será esto possible? En verdad no lo es, porque no cabe en la possibilidad humana la comprehension de todas las circunstancias prácticas, que en la variedad de los casos puedan concurrir, y que sirvan à formar un recto juicio.

Pero no obstante, pueden proponerse principios ciertos, y metódicas reglas, de las que se puedan inferir precisas consequencias aplicables à los casos, cortando, en quanto sea dable, toda ocasion al Juez de arbitrar, encomendandole solo el obedecer, esto es, sujetando el Juez à la Ley, no la Ley al Juez. Esta forma en las Leyes deseaba Aristoteles para ser rectamente constituidas (1), y sin las que dice Platon no faltarán turbaciones en la República (2).

Equidad.

La equidad de que nos propusimos tambien tratar en este Discurso, tiene tales colores de amable, que parece, y con razon, no puede haver recto juicio, ni conveniente administracion de justicia en donde ésta falte. Quién

(1) *Leges illæ optimæ, quæ arbitrio judicis pauca relinquunt.* Ex Aristotele *Rhetoric.* 1.

(2) *Interitus civitati paratur, in qua lex non præest Magistratibus, sed illi legibus præsunt.* Plato *lib.* 34. *seu Dialog.* 4. *de Legibus.*

Quién no amará la equidad? Aquella virtud, que suavizando, y templando el rigor de la Ley, cuya aplicacion en algun caso fuera intolerable, lo dispone, y suaviza de tal modo, que sin faltar à su disposicion, moderando solo su rigor, hace un recto cumplimiento de justicia: Virtud, cuya possessión condecora al Juez con los relevantes dotes de bueno, amable, y equitativo, haciendo su severidad mas venerable que odiosa, mas respetable que temible.

Elogios de la verdadera equidad.

Pero quién creerá, que esta misma equidad es ocasionalmente otra plaga en las Leyes, y la turbacion de los Juicios? Quién dixera, que à los mas clasicos delirios, y desaciertos en los Jueces, se les diesse el nombre de equidad, y que con un nombre de tan estimable virtud, se encubriesse una injusticia? Aunque lo vemos, y experimentamos diariamente, no me atreviera ponerlo por escrito, si no concurriera la unanime voz de los Escritores à proferirlo. Sin duda que la experiencia del tiempo en que vivieron, continúa sin interrupcion à instruìr à los que vivimos al presente.

Su abuso plaga de las Leyes.

Con su velo pretende vestirse la injusticia.

Esta desgracia, no solo experimenta la equidad, sino que es comun à todas las virtudes, cuyos vicios opuestos, pretenden, desmintiendo sus nombres, usurpar los de las virtudes à que se oponen (1). La soberbia se encubre con el nom-

Desgracia comun de todas las virtudes.

(1) *Plerumque vitia virtutes se esse mentiuntur: nam sæpe sub parsimoniæ nomine, se tenacia palliat: contraque se effusio sub appellatione largitatis occultat sæpe inordinata remissio pietas cre-*

nombre de autoridad: la avaricia pretende llamarse parsimonia: el pródigo quiere llamarse liberal: la vana obstentacion pretende denominarse decencia. A un animo remisso se le dá el nombre de piadoso: una desordenada ira, y furibundéz, se intenta cubrir con el nombre de zelo. La precipitacion toma el nombre de prontitud, y velocidad de animo; y la pereza se adorna con el caracter de gravedad, y madurez de consejo, y asi de otras. Què mucho, pues, que la injusticia tambien pretenda vestirse la capa de equidad, no siendo mas que una ficcion, un embuste, y un iniquo trastorno de las Leyes?

Què sea equidad.

Pero veamos què sea equidad, su verdadero uso, y su comun abuso. Equidad, à que los Griegos llamaron epiikia, de donde vulgarmente tomamos el nombre de epiqueya, no es mas que un acto prudencial, segun el que cree el Juez deber en algun modo apartarse en parte, ò en todo de la Ley, sin embargo de la claridad de su expresion, por el concurso de las circunstancias existentes, las que se persuade, que teniendo presente el Legislador, y preguntado en el caso, serìa del mismo acuerdo.

Comunmente la equidad se toma en el concepto de ser temperativa de el rigor

---

creditur, & effrenata ira zeli virtus æstimatur. Sæpè præcipitatio velocitatis efficacia, & agendi tarditas gravitatis consilium putatur, ut B. Gregorius *p. 2. cap. 9. Curiæ Pastoralis, text. in cap. 7. dist. 41.*

gor (1). Mira la Ley las cosas con una inflexible rectitud, que la equidad en ciertas circunstancias modera. Oponese por esto la equidad à la justicia, segun expressiones de Derecho (2); pero en tanto se opone, en quanto mitigando en ciertas circunstancias su rigor, le comunica su verdadera perfeccion. Es, pues, inseparable la verdadera justicia de la equidad; ni puede darse mas estrecho consorcio, que el de estas dos virtudes (3); de modo, que la justicia sin la equidad está como corrida, y avergonzada (4): por esto no hay Ley alguna, à lo menos no debe haverla, que no tenga su fundamento en la equidad. Finalmente, tan estrecho es el consorcio de la equidad, y la justicia, que hasta sus mismos nombres se comunican, llamandose la equidad justicia, y la justicia nombrandose equidad (5).

Esta equidad, ò está prevenida en las mismas

(1) *Æquitas est severitas justitiæ dulzore misericordiæ temperata.* B. Antoninus *p.* 4. *Summæ, tit.* 5. *cap.* 19. §. 1.

(2) *Leg. Placuit, Cod. de Judiciis, cap. Consuluit* 24. *de Officio Judic. Delegati.*

(3) *Nihil enim tam consociabile, quam cum æquitate justitia.* B. Ambrosius *de Officiis, lib.* 1. *cap.* 33. & ut B. Petrus Chrysolog. *Penes Deum, nec pietas sine justitia est : nec sine pietate justitia. Cœlesti sensu sine bonitate æquitas; sine æquitate bonitas non habetur. Virtutes si separatæ fuerint dilabuntur. Æquitas sine bonitate sævitia est : justitia sine bonitate crudelitas.*

(4) *Leg. Si quis in suo* 24. §. *Legis autem, Cod. de Inofficioso testamento.*

(5) Plura apud Velasco *de Judice perfecto, rubrica* 14. *annot.* 1.

Equidad escrita, y no escrita.

mas Leyes, esto es, que las Leyes encomiendan al Juez su uso en ciertos casos, y circunstancias, à que llamamos equidad escrita; ò no está expressada en las mismas Leyes, por ser caso diversamente circunstanciado, que los que las Leyes tocan, y se dice equidad no escrita.

Quando la Ley previene, segun las circunstancias que prescribe, el uso de la equidad, ò temperamento del rigor, no tiene que hacer el Juez sino aplicar su uso al caso practico. Pero quando la equidad no está escrita, y por otro lado las circunstancias del caso la piden, ò se cree, ò finge pedirla, incidimos en el caos de juicio arbitrario, en que se reconoce el riesgo de introducir, ò ampliar equidades, con trastorno del Derecho; pues las circunstancias, que acreditan la equidad en un caso, hacen en otro injusta su práctica (1). Incidimos, pues, en todas las incertidumbres, y perplexidades que acabamos de notar en los casos arbitrarios con perpetua confusion de la Jurisprudencia (2).

Por

(1) D. Vela *dissert.* 13. *numer.* 43.

(2) *Quid ad inducendos errores accommodatius, quam si in reddendo jure propriam cuique animi sententiam pro ratione sequi, & nescio quo æquitatis commentitiæ obtentu legibus illudere passim concedatur? Mos enim solemnis ille est istiusmodi hominum, ut, sive delirent, sive recta sentiant (quod nonnumquam, sed casu evenire necesse est) omnia referunt ad æquitatem, quam pro arbitrio sibi fingunt, ut magni, non juris tantum, sed (quod etiam in jure præcipuum est.) Æquitatis arbitri existimentur.* Anton. Faber *in Epistola Subaudiæ Duci dicata, lib. de Erroribus Pragmaticor.*

Por esto los DD. restringen comunmente el uso de la equidad en los Jueces à sola la equidad escrita, coartandoles la facultad de estenderla fuera de los casos, y circunstancias en las mismas Leyes prevenidas (1). No porque un recto, sabio, y prudente Juez no pudiesse usar en algun caso de una equidad no escrita con suma justicia, sino porque esta libertad serìa un abuso en Jueces menos entendidos, y que no obstante piensan no tener menos facultades, que otros de echar mano de una tan heroyca virtud, como es la equidad, cuyo abuso serìa el mas seguro trastorno de las leyes. A semejantes equidades llaman, y con razon, los DD. cerebrinas, porque no tienen fundamento en la Ley, ni en la razon, sino que cada uno se finge à su antojo, acomodandola segun los delirios de su fantasìa à las idéas de su ignorancia, precipitacion, ò ciega pasion (2).

Solo de equidad escrita deben usar los Jueces.

Equidad cerebrina.

T Por-

(1) *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque scriptæ, quam stricti juris rationem. Leg. Placuit, Cod. de Judiciis. Ergo* (ait Garcia *de Expens. cap.* 1. *n.* 28.) *æquitas debet esse scripta, vel particulariter, vel generaliter, vel aliunde deducta à jure scripto, vel omnino consulendus est Rex. Ex leg.* 1. *de Legibus. Capitosa æquitas virus est, nisi enim ab hac caverint cordati judices nihil erit, vel certum, vel perpetuum in jure, quibuslibet causarum statum ad imaginariam, & temerariam æquitatem (aut ut rectius dicam) iniquitatem detorquentibus*, consentiunt DD. communissimè. D. Larrea *Decis. Granat. tom.* 1. *decis.* 47. *n.* 38. D. Hontalv. *de Jure superven. tom.* 1. *q.* 6. *n.* 121. *cum seq.* Antun. *de Donation. Reg. p.* 3. *cap.* 42. *n.* 68.

(2) Optimè Card. de Luca *de Regalibus, disc.* 106. *n.* 10. *Ubi quandam resolutionem impugnas ait: Resolutio mihi non placuit, quia ubi regulas juris, &*

Precauciones, y remedios contra semejantes equidades.

Por esto es muy celebrada la Embaxada, que los habitantes del Delfinado, Provincia de Francia, hicieron al Rey Francisco, en que, entre otras cosas, le pedian, que los Jueces de aquella Provincia no juzgassen negocio alguno por la equidad, sino que se arreglassen à las Leyes escritas; previniendo de este modo los golpes de la injusticia, de que se rezelaban, con la mascara de aquella virtud, segun despues de Conano refiere Garcia (1). Y sin salir de España debemos alabar en este mismo proposito la prudencia de los Catalanes, quienes, segun refiere Fontanela (2), tienen constitucion expressa, que obliga à sus Jueces arreglarse à las Leyes, sin atender à otra equidad mas de la que aquellas insinúan.

Tanta precaucion contra la equidad demuestra sin duda los estragos, que con el velo de esta noble virtud se hacen, vulnerando la justicia. Estos estragos prosiguen, porque no se hallò contra ellos eficáz remedio. Los DD. incessantemente claman; pero por mas que se escriba contra semejantes mentidas equidades, jamás se hallará para su destruccion otro remedio, que Leyes claras, precisas, y bien circuns-

& dispositionem habemus, attendenda non est ista non scripta æquitas apud rusticos, & idiotas attendi solita; non autem attendenda per eos, qui judicare debent prout de jure. Consonat gloss. in Clement. 1. *de Religiosis domibus: Æquitas, inquit, cerebrina, & simulata, qua totus mundus fallitur, est duplex iniquitas.*

(1) Garcia *de Expensis, cap.* 1. *n.* 28.

(2) Fontanela *de Pactis nuptial. claus.* 4. *glossa* 18. *p.* 2. *n.* 88.

cunstanciadas; pues en interin que subsista un Derecho incierto, y de varia, y confusa interpretacion, siempre será dificultoso arguir la injusticia de algunas sentencias, sin que puedan paliarse con el decoroso nombre de equidad.

De la verdad.

Nos resta otro no menos peligroso escollo que los precedentes, y que no ocasiona menos incertidumbres en los Juicios. Este es la verdad. Quién dixera, que de la verdad pudiessen dimanar efectos tan funestos? No es la verdad la que manifiesta las cosas segun realmente son en sì, desembolviendolas de la mascara con que procurò cubrirlas la mentira? Y què mejor hallazgo en un Juez para hacer justicia, y dár à cada uno lo que es suyo? Què es la Ley, sino el hallazgo de la verdad en las diferencias, ò dissensiones entre los hombres, segun la definiò Platon (1)?

Verdad, objeto de la justicia, y sus symbolos.

Asi lo conocieron los Egypcios, quando, segun testimonio de Diodoro de Sicilia (2), ponian por distintivo à los Jueces superiores, que residian en sus principales Ciudades, un señal, adornado con varias piedras preciosas, pendiente de una cadena de oro al cuello, à cuya insignia daban por nombre la *verdad*, como que la verdad es el objeto unico à que debe atender el Juez para hacer justicia.

Mejor testimonio que este, y que pudo ser-

(1) *Lex nihil aliud est, quam veritatis inventio.* Plato *in Eutiphrone, seu de sanitate.*

(2) Diodorus Siculus *lib.* 2. *Rerum antiquarum.*

servir à los Egypcios de simple imitacion, tenemos en las Sagradas Letras en el Racional del Juicio *Rationale Judicii*, que debia traher Aaron en el pecho siempre que entraba en el Suantuario, pendiente del cuello con una cadena de oro, entre doce piedras preciosas de distintas especies, esmaltado en cada una de ellas un nombre de los doce Tribus de Israèl; en cuyo Racional estaba descripta la doctrina, y la verdad, porque sin doctrina, y sin verdad no podia Aaron, ni su descendencia, possèer dignamente los empléos de Juez, y Sumo Sacerdote (1).

Verdad muy encomendada à los Jueces.

Quando Yethro aconsejò à su yerno Moysés, que para ahorrar fatigas eligiesse Jueces, que juzgassen al Pueblo de Israèl, tuvo cuidado al mismo tiempo de proponerle, que los que huviessen de servir en este empléo, fuessen hombres en quienes residiesse verdad (2).

La Ley de Dios, en boca del Real Profeta, no es otra cosa, que la misma verdad (3). Jesu-Christo, Juez de vivos, y muertos, y que es essencialmente la misma verdad, con este nombre explicò su eterna judicatura, su mission del Padre, y el camino que nos dirige à las felicidades eternas (4): y preguntado por Poncio

(1) *Exod. cap.* 28. *vers.* 30.

(2) *Provide autem de omni plebe viros potentes, & timentes Deum in quibus sit veritas, & qui oderint avaritiam. Exodi cap.* 18. *v.* 21.

(3) *Lex tua veritas. Psalm.* 118. *v.* 142.

(4) *Ego sum via, & veritas, & vita.* Joan. c. 14. v. 6. *Et spiritus est, qui testificatur quoniam Christus est veritas. Ep.* 1. *Joan. c.* 5.

cio Pilato, què cosa era verdad, no le respondiò cosa alguna, ni Pilato se dispuso à oirla; porque no pertenecia à un Juez, que sin otro examen mas de complacer à un populacho alborotado, se determinaba à dár muerte à la misma innocencia, el saber què cosa era verdad (1).

Finalmente, en las Leyes, y Canones no se halla otro encargo mas frequente à los Jueces, que el que cuiden de instruirse de la verdad, y segun ella dèn sus sentencias (2): de modo, que por no declinar un punto de la verdad conocida, deben dexar los apices, y sutilezas del Derecho (3). Nuestras Leyes Reales no se olvidaron de encomendar esto mismo à los Jueces: *Verdad es cosa*, (dice una Ley de la Partida) *que los Juzgadores deben catar en los pleytos sobre todas las cosas del mundo.* Mas expressivas en el assunto son otras Leyes recopiladas.

Verdad, debe ser preferida à vanas sutilezas, y apices de Derecho.

Cómo, pues, siendo esto assi, la verdad es la piedra de ofension, y tropiezo en los Jueces, de que resulta la perversion de los Juicios, y la incertidumbre de las Leyes? No creo será dificultoso entender esto, si nos acordamos de lo que sucede con otras virtudes, y

Cómo la verdad ocasione la inordinacion de los juicios, y el trastorno de las Leyes.

(1) Joann. *cap.* 18. *v.* 38.

(2) *Leg. Judices* 9. *leg. Rem novam* 12. *Cod. de Judic. cap. Grave* 35. *quæst.* 9. *Cap. Cum Joann.* 10. *de Fide Instrument.*

(3) *Leg. Si Fidejussor.* 29. §. *Quadam, ff. Mandati. Leg. unic. Cod. Ut actiones ab hæredibus, & contra hæredes incipiant.*

y singularmente con la equidad. Como esta virtud, tan compañera de la justicia, motiva en la variedad de conceptos el trastorno de los Juicios, verificandose se llame equitativo à un Juicio injusto; del mismo modo la verdad, que no es mas afortunada en los disfraces, que otra virtud, sufre que el embuste, rebozado con el velo de verdad, salga al Juicio, y del Juicio, como verdad reputado, quando, ò no hay perspicacia para discernirlo, ò está embotado de alguna passion, ò no se toma el tiempo necessario para conocerla, sino que se procede precipitadamente.

La verdad no es un thesoro, que al instante se manifiesta al que le busca: suele la malicia paliarla mucho, empañando sus resplandores: pide mucha arte, y cuidado el descubrirla.

Distinguense dos classes de Leyes.

Las disposiciones de las Leyes pueden generalmente referirse à dos fines: ò al descubrimiento de la verdad en los hechos, ò à decidir, despues de descubierta, los casos. En la primer classe de Leyes entran las que ordenan, y disponen los Juicios, y llaman *Ordinatoria Judicii*, que dán la forma que se debe observar en los Processos, como la forma del libelo, citacion, contestacion, prueba, y su publicacion, conclusion, sentencia, y sobre otras incidencias, que entre esto vienen, y que sería largo referir.

En esta misma classe entran las que difinen los Documentos, que deban hacer fé al Juez en la invencion de la verdad, como con-

confessión, y juramento, fama, atestaciones de testigos, y sus varias qualidades, instrumentos diversos, y de diversa naturaleza.

En la segunda classe entran las leyes, que segun verdad, y conveniencia al orden público, señalan lo que es de cada uno, apartandolo de lo ageno, imponiendo penas à los perturbadores de la pública harmonìa.

Fin de las Leyes el hallazgo de la verdad.

Es, pues, el fin de las Leyes en todo hallar la verdad; este fuè el trabajo, y á este fin se reduxeron las vigilias de todos los sabios Legisladores del mundo, tomando los mas modernos las prudentes lecciones de los antiguos, y aprovechandose los presentes de las prudentes maximas de los antepassados; de modo, que puede decirse, que nuestro cuerpo de legislacion, si bien que se halle confuso por falta de conveniente metodo, es una recopilacion escogida, y apropriada à la naturaleza, genio, y gobierno del Paìs, de todo lo mejor que dictò la prudencia de los Sabios en punto de legal gobierno. Esto mismo el Sabio Rey Don Alonso, en recomendacion de la célebre Obra de las Siete Partidas, expressò en su Prefaccion, diciendo:
„ E otrosì tomamos de las palabras, è de
„ los buenos dichos, que dixeron los Sabios,
„ que entendieron las cosas razonablemente
„ segun natura, è de los Derechos de las Le-
„ yes, è de los buenos fechos, que ficieron
„ los grandes Señores, è los otros hombres
„ sabidores de Derecho en las tierras que hu-

„ vieron de juzgar, è pusimos cada cosa de
„ estas do conviene.

Ciertamente, pocos havrá de mediana reflexion, à quienes en su juventud no haya parecido algunos procedimientos, y solemnidades prescriptas en algunas Leyes mere ceremoniaticos; à lo menos, si quiere confessar la verdad, no advirtiò aun en muchos años todo el peso de la disposicion de algunas Leyes, en orden al conocimiento de la verdad; y despues le mostrò la experiencia de las falacias, y engaños, que se traman entre los hombres, que el procedimiento de la Ley, en que antes no havia bien advertido, es el efecto de una experimentada, y consumada prudencia.

La verdad seguramente se encuentra en la práctica de las Leyes.

Cómo, pues, no debemos corrernos, y avergonzarnos de dexar la prudencia de nuestros mayores en tanta antiguedad de siglos, y por hombres tan sabios hallada, practicada, y reflexionada, y proponerse cada uno segun su capricho la invencion de la verdad? No quiero decir que los antiguos nos hayan dexado las cosas tan perfectas, que no haya que añadir, ni quitar; pero en materia de legislacion, ninguno, sino la potestad legislativa, tiene arbitrio en la invencion de nuevas reglas.

Equivocaciones en el conocimiento de apices de Derecho, y vanas sutilezas.

No hay duda, que el Derecho, y los DD. previenen, y la prudencia misma dicta, el desprecio de apices, y vanas sutilezas de Derecho, conocida la verdad. Esta doctrina es excelente, pero no vulgarmente bien entendi-

 da,

da, ni por consiguiente bien practicada; pues por lo comun no se hace reflexion, ni sobre lo que sea verdad, ni sobre lo que sea mera sutileza, y apice de Derecho. Las equivocaciones en esto es el mas dificil tropiezo que hay en el conocimiento de la verdad legal. Digamos, pues, en quanto alcanzamos, lo que es apice de Derecho, y vana sutileza, pues que franqueado este passo, y supuesta la rectitud de intencion, seguramente llegarémos al templo de la verdad.

Apices llamamos à las virgulillas, puntos, ò tildes con que significamos los acentos en los escritos; y como estas son en su tamaño unas cosas minimas, assi solemos nombrar apice para significar una cosa minima, como solian los Hebrèos significar lo mismo con la jota, por ser la mas pequeña letra de su abecedario (1). El decir, pues, la Ley, que debemos juzgar atenta la verdad, despreciando apices de Derecho, es lo proprio que decir, que cosas minimas, y de ningun momento, que no influyen en la verdad de los hechos, ni en la verdadera decision de las Leyes, no deben detener al Juez en pronunciar segun la justicia, y verdad, que como tal verdad se manifiesta. Apices de Derecho.

En el mismo sentido hemos de entender la sutileza que reprueba el Derecho. No condenan las Leyes aquellas sutilezas, que solo se llà- Distincion entre conveniente, y vana sutileza.

(1) *Jota unum, aut unus apex, non preteribit à lege donec omnia fiant.* Matth. 5. v. 18.

llaman tales, por oponerse à discursos grosseros; ni aquellas, que avivando los fundamentos de la Ley, elucidan su razon, para conocer su aplicabilidad, ò no aplicabilidad à los casos. Sin este genero de sutileza no es possible distinguir en las Leyes el espiritu que las aníma, de la letra muerta que las compone, ni por consiguiente su virtud, y potestad. Aunque la denominacion de Letrados, que el vulgo atribuye entre todos los professores de Ciencias, y Artes, principalmente à los Jurisperitos, ò Professores de Derecho, quieran algunos derivar de la obligacion que estos tienen de servir à la letra de la Ley: y deba sin duda ser reverenciada, y atendida la letra legal por sus Professores, sujecion que otras Ciencias no conocen (1), no ha de ser esta adhesion tan tenáz, que se parezca à un obstinado judaismo (2).

Conveniente sutileza es muy provechosa en las Leyes.

Tam-

(1) Bobadilla *Politic. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 8.

(2) Ut optim. Card. de Luca *de Dote*, *disc.* 196. *n.* 13. *Etenim*, inquit, *non est contemnere, seu violare legem, sed potius magis se reddere conformem voluntati Legislatoris intelligendo, & practicando legem, ut decet in spiritu vivificante more Christianorum, juxta monitum Apostoli, non autem in littera, quæ occidit, juxta morem Judæorum, dum iste mos intelligendi, & practicandi leges in litera, imo, (quod magis) attendendi in eadem litera etiam indigestas, parumque fundatas traditiones aliquorum scriptorum, & præsertim collectorum, qui dum viverent, nullius erant peritiæ, & aptitudinis, in judicando vel consulendo, juxta frequentiorem hujusmodi, collectorum conditionem, reddidit, in literaria Republica Juristas contemptibiles, tanquam per speciem Judæorum inter Christianos; & merito quidem, quoniam cum lex præsuppo-*

Tampoco se condenan los discursos sublimes, que remontandose sobre las comunes inteligencias, se elevan en la especulacion, y contemplacion de los principios, de donde provenga mas depurada la verdad. Este genero de sutileza es la que adquiriò à los Jurisconsultos grandes aplausos, como son los que la antiguedad tributa, entre otros à Papiniano. Y cómo sin estos elevados buelos serìa la Jurisprudencia *una ciencia de cosas divinas, y humanas, un conocimiento de lo justo, y de lo injusto*? Discursos sublimes.

Es sin duda de las mayores desgracias, que puede sufrir la facultad legal, no poder elevarse en la contemplacion de la justicia, sin caer en la nota con sus degeneres, Professores de apices de Derecho, y sutileza vana: nada mas se les tributa estos odiosos nombres, que por sublimarse sobre las vulgares, y grosseras inteligencias. Qualquier discurso un tantito elevado, que se haga sobre una Ley, huyendo la capacidad de un Juez, ò Assessor de la infima suerte, por no confessar su ignorancia, rompe por el facil, y honrado arbitrio de echarlo à vana sutileza, con que tambien cree quedar libertado de la pena, y mortificacion de indagar en sus libros la verdad,

ponenda sit quædam rationabilissima norma, quæ ab experimento, & prudenti virorum judicio desumpta est, adeo ut ratio reputetur ejus anima, sine qua corpus remanet putridum, & contemptibile cadaver, ita ad irrationabilitatum congeriem redacta videtur.

dad, ò falacia de aquel discurso.

Quando esta respuesta viene de un Juez grave, sabio, discreto, y experimentado, principalmente dada à un Abogado joven, debe mucho entibiar el ardor de su discurso, por mas indissoluble que le parezca; pues debe considerar (aunque yá no sea en la facultad moderno), que el afecto indispensable à la causa que patrocina, puede perturbarle el conocimiento de la verdadera aplicacion de los principios en que se funda, y legitimidad de sus consequencias; lo que solo se halla en estado de percibir un animo recto, y sin inclinacion à parte alguna. Pero quando semejantes respuestas vienen de Jueces ignorantes, ò conocidamente inclinados à favorecer à alguna parte, son inaguantables, y poco falta para maldecir la suerte de su judicatura.

Sutileza nimia es la que reprueba el Derecho.

La sutileza que reprueba el Derecho, y condenan las Leyes, es la nimia, ò demasiada; jamás lo demasiado es perfecto, y siempre lo nimio declina en vicio: aun al justo, dice el sabio, no lo sea demasiado; y sumo derecho suele ser suma injusticia (1). Delicadeces, y discursos demasiadamente finos sobre las Leyes, no menos suelen perturbar la verdad, que pervertir la intencion del Legislador: como el mucho espavilar una vela, queriendo aumentar su resplandor, suele apagarla; y de limpiarse demasiado las narices, suele provenir

(1) *Noli esse justus multum; nec plus sapias quam necesse est, ne obstupescas.* Ecclesiastes c. 7. v. 17.

nir fluxion de sangre (1). A esta sutileza demasiada en materia de conciencia, llaman los Theologos Morales escrupulo, que inquieta, sin dirigir las conciencias, infatuando à los que llegan à ser posseìdos demasiadamente de ellos. La perfeccion de las virtudes no está en lo demasiado, sino en lo suficiente (2).

Tambien se suelen llamar, aunque impropriamente, apices de Derecho, y sutilezas, á ciertos discursos artificiosos, texidos de delicadeces intelectuales, que sobre las Leyes erigen algunos finos entendimientos. Aunque à una perspicáz inspeccion nada tengan semejantes discursos de sólido, y fundamental, no suele ser pequeño estorvo este abuso dialectico al conocimiento de la verdad (3). Son semejantes texidos como los de la araña, que aunque mirados sin reflexion parezcan alguna cosa, à leve movimiento de una mano, se rompen, ò à un ligero impulso de viento desvanecen. Otro genero de apices, y sutilezas.

En las telas de araña caen moscas, y otros animales débiles; pero no los fuertes, y robustos, à cuyo passo luego se deshacen. Assi como los animales débiles, enredados en la te-

(1) *Qui autem fortiter premit ubera, ad eliciendum lac, exprimit butyrum: & qui vehementer emungit elicit sanguinem.* Proverb. cap. 30. 33.

(2) *Non plus sapere, quam oportet sapere: sed sapere ad sobrietatem,* ut Apostolus monet ad Rom. cap. 12. vers. 13.

(3) *Ea est cavillationum natura ut ab evidenter veris, per brevissimas mutationes, ad ea, quæ falsa sunt perducatur. Leg. Ea est* 49. *ff. de Regul. juris.*

tela de araña, son pasto de estos hediondos, y feos insectos; assi tambien los Jueces ignorantes, faciles, è imprudentes, cayendo enredados en los hilos de esta vana sutileza, se hacen pasto, yá de la risa, yá del escandalo. No assi los Jueces doctos, prudentes, y expertos, quienes, como los animales fuertes, y robustos, rompen por semejantes frioleras.

Pero porque algunos Jueces caygan enredados en los hilos de vanas sutilezas, se deberá por regla desatender todo discurso elevado sobre las Leyes, como sutileza vana? Esto serìa hacer un baxo concepto de la facultad legal, incapacitandola en la especulacion de las cosas para la mas acertada indagacion de lo que pertenece à su objeto.

No es, pues, possible el conocer, què sea apice de Derecho, y què sea vana sutileza, sino à hombres doctos, y expertos, acompañados de rectitud, y prudencia, pues solo à estos, como posseedores de la ciencia legal, se hallan en estado de conocer las bueltas capciosas de las palabras, y la solucion de los argumentos (1). Estos son los que rompiendo por medio de sutilezas vanas, como nubes que prometen agua estando vacìas, pueden hallar la verdad; pero los que están desnudos de estas qualidades, se vèn en un perpetuo peligro de conceptuarse vanamente haver-

(1) *Sapiens scit versutias sermonum, & dissolutiones argumentorum.* Sapientiæ cap. 39.

verla encontrado, y baxo este falso concepto desechar lo sólido por sutileza frivola, y abrazar ésta por fundamento sólido.

Es en este assunto de hallazgo de la verdad, y desprecio de apices, y sutilezas de Derecho muy célebre nuestra Ley Real recopilada, de que yá queda hecho memoria (1). Dispone esta Ley, que una vez que el Juez encuentre manifiesta la verdad en los Autos, despues que las Partes deduxeron, y alegaron todo lo que tuvieron por conveniente, segun ella deben sentenciar, sin embargo que en el processo se hayan omitido las solemnidades de Derecho, aun de aquellas que se llaman substanciales.

Ley Real que manda sentenciar atenta la verdad.

De esta Ley dixeron algunos DD. que aunque hecha con el fin de abreviar pleytos, y atajar molestias, y gastos à los Litigantes, era ocasionalmente un seminario de incertidumbres, è injusticias, tomando de ella ocasion los Jueces para ensanchar sus arbitrios, y equidades (2); pero no está el defecto en la Ley, sino en su perversa inteligencia, no haciendose cargo muchos Jueces de lo que es verdad hallada en los Autos, despues que las Partes deduxeron, y alegaron, ò por usar de la expresion del Legislador, *razonaron todo lo que quisieron decir, y razonar.*

Esta Ley Seminario de pleytos, segun algunos DD.

Yo

(1) *Leg.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.*

(2) Acevedo *in dict. leg.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopilac. num.* 1.

Yo estoy persuadido que la Ley se explica con terminos bien luminosos, para dár à entender el fin que se propuso de cortar instancias inutiles, con grave mortificacion, y dispendio de las Partes, y suficientemente instructivos para precaver ocasion de error en los Jueces de trastornar la voluntad del Legislador, haciendo instancias mas crecidas, y costosas con el mismo medio con que aquel pensò atajarlas. Y si es que aun estos perversos efectos se experimentan, el mal no está en el remedio, sino en su aplicacion. Tuvo esta Ley, como otras, la desgracia de sufrir el yugo, y servidumbre de varias interpretaciones, en que, como dirèmos en el siguiente libro, mas suelen confundirse con la variedad, que declararse. A lo menos se repiten ocasiones en los Jueces menos entendidos, y laboriosos de pervertir su sentido, y práctica aplicacion. Brevemente, y con terminos bien simples, se puede explicar la intencion de la Ley, y dexarse entender los grandes efectos en el bien público de su congrua aplicacion, y las inquietudes de su aplicacion errada.

Breve explicacion de dicha Ley.

Es fuerza advertir, que esta Ley pone por precisa la solemnidad establecida en Derecho en los procedimientos judiciales, una vez que la parte pida su observacion; de modo, que procediendose de otra suerte, es todo lo actuado nulo, sin que aqui obre en cosa alguna el que la verdad se halle descubierta en los Autos: porque siendo el orden establecido en Derecho un methodo necessario para in-

ndagarla, no puede el Juez gloriarse haverla encontrado, haviendo faltado al método legal que la Parte pidiò sériamente se observasse (1).

Solo, pues, obra la decision de dicha Ley, que faculta à los Jueces el decidir segun la verdad conocida, aun omitidas las solemnidades substanciales del Juicio, quando las Partes, despues de haver alegado, y probado, ò podido alegar, y probar todo lo que quisieron, puesto el Processo en estado de sentencia, se halla la omission de aquellas solemnidades, y de otro modo la verdad manifiesta (2). Quándo esta Ley proceda.

Debiò prudentemente presumir la Ley, que la Parte, que en una, ò mas instancias, advertido de lo que se le pide, y alegado, y

V re-

(1) *Ut in dict. leg.* 10. *in fin.* ibi: *Y ansimismo, que si las cosas que fueren de substancia del Juicio, y la Parte pidiere, declarandolas que la otra Parte las guarde, y no quisiere, seyendole mandado; y lo mismo en no jurar de calumnia, seyendo le mandado; y pedido dos veces; que entonces, sentenciando el Juez, sin se facer lo susodicho, sea habido el pleyto por ninguno, y el Juez condenado en costas.*

(2) *Constat ex legis Proœmio,* ibi: *Acaece muchas veces, que desque los pleytos son contestados, y trahidos testigos, y razonado en los pleytos de todo lo que las Partes quieren decir, y razonar; y concluso el pleyto para dàr sentencia, y à las veces dada, estando el pleyto en apelacion ante los Superiores, si se halla que la demanda no fuè dada en escrito ... O otras cosas, que son de la solemnidad, y substancia de la orden de los Juicios ... por lo qual suelen los Jueces dàr los pleytos por ningunos ... Y assi los pleytos se alargan, de que viene gran daños à las Partes ...*

replicado ſobre ello, no hallò de menos defecto alguno en el Proceſſo, que le fueſſe perjudicial, y ſolo ſe acordò de oponerlo en tiempo en que yá el pleyto ſe hallaba en eſtado de ſentencia; no trata de buena fé en hacer vèr ſu juſticia, ſino que demueſtra ſu iniquidad en pretender canſar à la otra Parte, haciendole renacer ſus fatigas con muchos gaſtos, y expenſas, teniendo que dár principio à un pleyto al tiempo que lo creìa fenecido: por lo que manda al Juez, que ſin embargo de dicha omiſion, ſi por el Proceſſo ſe hallaſſe probada, y acreditada la verdad, que ſegun ella pronuncie.

Juſticia con que dicha Ley procede,

Eſte es un procedimiento tan juſto en el ſentido de la Ley, que la práctica contraria ſerìa un ſeminario de irracionabilidades, è injuſticias. Què Proceſſo havrá, aun deſpues de muchos años litigado, y experimentado algunas inſtancias, en el que no ſe pueda advertir algun defecto? Y ſi eſte defecto en nada influye en el conocimiento de la verdad del hecho, y ſu juſta determinacion, á què propoſito, ſino para eternizar pleytos, declarar el Proceſſo por nulo, para que haya de principiarſe de nuevo?

Supongamos ſe propaſsò un libelo obſcuro, pero en el progreſſo de la cauſa declarado: un Pedimento no concluyente, pero que los Autos certifican lo que en juſticia ſe debe: que haya una citacion no concebida con la mas exacta formalidad: un termino no del todo bien obſervado; pero que atenta la

na-

natural verdad, se conozca, que la Parte propuso en juicio, ò pudo proponer quanto hallò conveniente, sin haverse omitido cosa alguna, que vulnerasse su defensa: el admitir su meditada, y por tantos plazos omitida reclamacion contra el Processo, serìa un abrigo de calumnias, è injusticias (1). Estas irracionabilidades, que muchas veces se experimentaban, fuè el fin de nuestra Ley Real desterrar; pero no que de aqui tomassen motivo los Jueces para fingir verdades à su placer, y dexando la justa determinacion de las Leyes, sentenciar à su arbitrio.

Verdad, segun la que debe sentenciar el Juez, ha de estár manifiesta en los Autos, ò Processos.

Aun la verdad, segun la que en el sentido de la Ley pueden fallar, ò sentenciar los Jueces, sin embargo de las omissas solemnidades, ha de ser una verdad, no como quiera, sino manifestada en los mismos Autos: de estos, no de otro estraño informe, debe recibir el Juez la instruccion de la verdad. En que se vè nuevamente la prudencia de la Ley, porque haviendo tenido presente las Partes todos los informes del processo, y en su vista alegado todo lo que hallaron conveniente, no pueden quexarse de la libertad en oponer, y deducir quanto quisieron; pero contra las particulares instrucciones, è informes del Juez, en fuerza de los que se presume éste haver encontrado la verdad, nada pudieron oponer, porque enteramente los ignoraban; y acaso si de ellos tuvieran noticia, harian ma-

(1) Card. de Luc. *Conflict. leg. observ.* 295.

manifieſta al Juez ſu debilidad, ò ninguna fé (1).

Informes extrajudiciales.

Eſta nueva reflexion ſobre la Ley me induce á hacer memoria de otra caſta de verdad encontrada, no yá en la evaſion de apices de Derecho, y mera, ò vana ſutileza, ſino en informes extrajudiciales: conducta abominable en los Jueces, en que ſe traſtorna la autoridad de los juicios públicos, y que facilmente ſe concibe deteſtò nueſtra Ley Real en ſu tan circunſpecta determinacion.

Verdad conocida contra lo que reſulta del proceſſo.

Es verdad pende indeciſa la queſtion entre los mas inſignes DD. yá Theólogos, yá Juriſtas, ſobre ſi el Juez haya de ſentenciar ſegun lo alegado, y probado, con tanta preciſion, que aunque tenga evidencia de lo contrario; eſto es, de ſer otro el hecho del que eſtá acreditado en los Autos, deba à eſtos arreglar ſu ſentencia, contra lo miſmo que ſabe, y le conſta. Eſta queſtion ſupone una evidencia en el Juez tan perfecta, que no ſea ſuſceptible de engaño, ò de equivocacion, de lo que aqui no tratamos.

Y aunque en la reſolucion de eſta duda ſe halle mucha variedad en los DD. afirmando unos abſolutamente, negando otros, otros diſtinguiendo entre Cauſas Civiles, y Criminales, ſubdiſtinguiendo aun otros entre Criminales ma-

(1) *Nota verba legis*, ibi: *Siendo hallada, y probada la verdad del fecho por el Proceſſo . . . que los Jueces, que conocieren de los pleytos, y los ovieren de librar, los determinen, y juzguen ſegun la verdad que hallaren probada en los tales pleytos.*

mayores, y menores, haciendo distincion otros de Jueces inferiores, y superiores, que representan al Principe (1); pueden, no obstante, sacar entre tanta variedad los Jueces ligeros exemplo para corregir su ligereza: pues si aun en Causas Criminales, mayores, ò capitales, puede el Juez, segun la mas comun opinion, una vez que no sea dable arbitrio honesto para libertar á un inocente, condenarle, si por los Autos consta de ser culpado, por mas que al Juez sea constante su inocencia, y esto solo por la autoridad, que se debe conservar à los públicos juicios, y precaver su trastorno, en perjuicio de la sociedad (2); quánto menos le serìa licito à un Juez preferir en casos no asi circunstanciados, no yá su certeza, sino informes particulares, frequentemente inciertos à la fé de los públicos juicios?

Aun mas pueden sacar de dicha variedad de opiniones; pues si aun en sentir de AA. gravissimos, y mas comunmente recibida opinion, no es licito à los Jueces supremos, que representan al Principe, fallar segun su conciencia, ò propria certeza, sino que por precision se hayan de arreglar à lo alegado, y probado (3); quánto menos serà licito à otros

 Jue-

(1) Vide Velascum *de Judic. perfect. rub.* 14. *annot.* 3. *per tot.* Fariam ad D. Covarr. *lib.* 1. *Variar. cap.* 1. *à num.* 10. apud quos omnes alios DD. invenies.

(2) Ut optimè Faria *loco cit. num.* 15.

(3) D. Lara *de Anniversf. & Capell. lib.* 1. *cap.* 10. *à n.* 37. D.

Jueces dexar la inſtruccion pública, que manifieſtan los Autos, y ſeguir la particular?

Inconvenientes de extrajudiciales informes.

Eſto debieran tener preſente algunos Jueces, para no dexarſe tan facilmente convencer por inſtrucciones extrajudiciales, yá confiados de la autoridad de quien informa, que tal vez ſolo lo hace de meras, y regularmente falaces oìdas, que pondera como ciertas à impulſo de recomendaciones de varia conexion, ò acaſo movido por algun interès diſfrazado; yá llevados los Jueces de ſu propria paſsion, eſtando propicios à alguna parte, ácia donde qualquier leve viento les inclina, traſtornando de eſte modo la pública autoridad de los juicios, y convirtiendolos en informes particulares; lo que aun caſo que por eſte medio ſe aſſeguraſſe alguna vez la verdad del fallo, de ningun modo es licito, debiendo prevalecer la autoridad pública, que es el mas firme fundamento del ſoſsiego del Eſtado, al particular acierto en algun caſo.

Reſultado de eſte Diſcurſo.

Aſsi la equidad, y la verdad, que ſon la piedra de toque de la recta juſticia, vienen à ſer la piedra del eſcandalo en los juicios, y el origen de las mas eſtrañas incertidumbres, obrando principalmente en ſupoſicion de eſtos fundamentos el arbitrio, tan injuſto como la equidad que ſe ſubplanta, y la verdad que ſe figura. Por mas que un Juez, ò Aſſeſſor delire, ò proceda injuſtamente, ſi le pregun-

D. Covarr. *d. lib.* 1. *Variar. cap.* 1. *num.* 7. ubi Farìa *num.* 10. Velaſco *dict. annotat.* 3. *num.* 8.

guntáres la razon, y motivo de su sentencia, y si se dignáre de responderte, te dará por fundamento una equidad à su modo, ò una verdad, que encontrò allá en su celebro, ò un arbitrio hijo de su fantasìa. De este modo no cabe en humana prudencia hacer concepto de buen, ò mal éxito en los pleytos; ni por consiguiente los litigantes pueden encontrar el desengaño, que ansiosa, y costosamente buscan en los Estudios de los Abogados, cuya pericia debiera principalmente en esto manifestarse (1).

En lo dicho hasta aqui por todos los Discursos de estos dos Libros, fuè mi principal intencion hablar de la incertidumbre del Derecho, y sus partes en general; y siendo la mayor parte de esta incertidumbre motivada de las interpretaciones, tambien fuè preciso notar la variedad de sentimientos de los Interpretes. Pero la materia de interpretacion pide un Tratado separado. Conclusion de este Libro.

(1) Bobadill. *Polit. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 19.

FIN DEL PRIMER TOMO.

RESUMEN
DE LAS PRINCIPALES MATERIAS que se tocan en este Tomo.

LIBRO PRIMERO.

DISCURSO PRIMERO.

DISCURSO II.

DISCURSO III.

San

DISCURSO IV.

Fue-

Rey-

LIBRO II.

DISCURSO PRIMERO.

DISCURSO II.

Fue-

DISCURSO III.

In-

DISCURSO IV.

DISCURSO V.

DISCURSO VI.

 men-

DISCURSO VII.

Ver-

F I N.

